القانون الإداري

محمد رضا جنيح

طبعة ثانية محيّنة ومزيّدة

مركز النشر الجامعي
2008

ميّز الطبعة الأولى من تبسيط للمفاهيم الأساسية، وشرح لها بأسلوب يكون في متناول الطالب في الحقوق، دون أن ننسى الراغبين في الالتحاق بالإدارة التونسية، وبصفة عامة جميع المعنيين بهذه المادة. ثمّ إننا قد حاولنا بقدر الإمكان البقاء في حدود المبادئ الأساسية، مع نقل التفاصيل إلى الهوامش، حتى يتمكن القارئ من إدراك خفايا التطورات والتقلّبات التي تشهدها هذه المادة تحت تأثير الأفكار الجديدة، فلم نتعرض للنواحي الوصفية إلا بالقدر الذي يستلزمه البحث.

وختاما إذ أشكر جميع الأصدقاء الأعزاء الذين آزروني في تجديد طبع هذا الكتاب، أرجو، من قرائه المختصيّن ألا يبخلوا عليّ بملاحظاتهم القيّمة آملا في اعتمادها مستقبلا.

وأدعو الله أن يوفقنا جميعا إلى الخدمة العامة.

المؤلف

سوسة في 24 ديسمبر 2007

1- يقول الأستاذ (*Prosper Weil*) إن وجود القانون الإداري يمثل في حدّ ذاته معجزة من المعجزات"[1].

وقد أراد بذلك التأكيد على أنّه من العسير جدّا حمل الإدارة على احترام القانون، بحكم أنها تتميّز **باحتكار وسائل الإكراه المادي المنظّم** (الشرطة، السجون...)، **فالإدارة- خلافا للأفراد- لا تذعن لأحكام القانون إلا من تلقاء نفسها.**

وبالرغم من ذلك فقد تعوّدنا في محيطنا الداخلي والخارجي على ظاهرة خضوع الإدارة للقانون، ولو أن تكريس هذه الظاهرة يتّخذ أشكالا مختلفة ويبدو متفاوت الدرجة من مجتمع إلى آخر.

وبما أنه لا يمكن الحديث عن شيء قبل تعريفه-يحسن بنا أن نبدأ بتحديد الخصائص العامة للقانون الإداري (الفرع الأول)، قبل التعرض إلى المراحل التاريخيّة التي ساهمت في ظهوره (الفرع الثاني)، ثم تقديم أهم مصادره (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تعريف القانون الإداري

2- يمكن تعريف القانون الإداري بصفة مبدئية ومبسّطة بأنه أحد فروع القانون العام المتعلّق بالإدارة، غير أن هذا التعريف التقريبي يستوجب التدقيق بتعريف الإدارة (الفقرة الأولى) وضبط علاقتها بالقانون (الفقرة الثانية).

[1] P. Weil et D. Pouyaud, *Le droit administratif*, PUF, Que sais-je, 2004, p.1

ص.ب 255 - تونس – ر.ا.ب. 1080.
الهاتف: 000 874 71 (216) الفاكس: 677 871 71(216)

هذه هي الطبعة الثانية من كتابنا "قانون إداري" مزيّدة ومحيّنة.

وما دفعني إلى إخراجها هو :

أولا، شعوري بضرورة مراجعة بعض الأفكار والتحاليل التي وردت في الطبعة الأولى التي نشرت سنة 2004، وذلك لغاية تدقيقها وتحيينها وإثرائها، مواكبة لتطوّر القانون الإداري التونسي، لا فقط في مستوى النصوص، وإنما أيضا في مستوى الحلول القضائية والفقهيّة.

وثانيا حرصي على أن يبقى هذا الكتاب متناغما مع البرنامج الرسمي لتدريس القانون الإداري في كلّيات الحقوق التونسية، بعد إرساء النظام الجديد للإجازة والماجستير والدكتوراه (إ.م.د).

فقد أصبحت عروض التكوين الجامعي تنظم في صيغة إجازات أساسية أو تطبيقية، تتفرّع إلى مسالك ووحدات تعليميّة – إجبارية أو اختيارية – تختم مرحلة تكوين تدوم ثلاث سنوات، يأخذ منها القانون الإداري في مختلف درجات التكوين – إلى جانب القانون المدني – النصيب الأوفر، فكان لا بدّ من مواكبة هذا الإصلاح، وإعادة ترتيب محاور هذا الكتاب في شكل تخطيط جديد يغطّي في أجزائه الكبرى مختلف برامج تدريس الوحدات التعليميّة المتخصّصة لهذه المادة على النحو التالي :

- التنظيم الإداري (المبادئ العامة للتنظيم الإداري، التنظيم الإداري المركزي، اللامركزية الإداريّة، العناصر المكمّلة للإدارة العاملة)
- الأعمال القانونية للإدارة (القرار الإداري الانفرادي، العقد الإداري)
- النشاط الضبط الإداري، المرفق العام)
- حدود العمل الإداري (مبدأ المسؤولية الشرعيّة)

وقد حرصنا في مختلف فقرات هذا الكتاب على المحافظة على الاتجاه الذي ميّز الطبعة الأولى من تبسيط للمفاهيم الأساسية، وشرح لها بأسلوب يكون في متناول الطالب في الحقوق، دون أن ننسى الراغبين في الالتحاق بالإدارة التونسية، وبصفة عامة جميع المعنيين بهذه المادة. ثمّ إننا قد حاولنا بقدر الإمكان البقاء في حدود المبادئ الأساسية، مع نقل التفاصيل إلى الهوامش، حتى يتمكن القارئ من إدراك خفايا التطورات والتقلّبات التي تشهدها هذه المادة تحت تأثير الأفكار الجديدة، فلم نتعرض للنواحي الوصفية إلا بالقدر الذي يستلزمه البحث.

وختاما إذ أشكر جميع الأصدقاء الأعزاء الذين آزروني في تجديد طبع هذا الكتاب، أرجو، من قرائه المختصيّن ألا يبخلوا عليّ بملاحظاتهم القيّمة آملا في اعتمادها مستقبلا.

وأدعو الله أن يوفقنا جميعا إلى الخدمة العامة.

المؤلف

سوسة في 24 ديسمبر 2007

المقـدمـة العـامــة

1- يقول الأستاذ (*Prosper Weil*) إن وجود القانون الإداري يمثل في حدّ ذاته معجزة من المعجزات"[1].

وقد أراد بذلك التأكيد على أنّه من العسير جدّا حمل الإدارة على احترام القانون، بحكم أنها تتميّز **باحتكار وسائل الإكراه المادي المنظّم** (الشرطة، السجون...)، **فالإدارة- خلافا للأفراد- لا تذعن لأحكام القانون إلا من تلقاء نفسها.**

وبالرغم من ذلك فقد تعوّدنا في محيطنا الداخلي والخارجي على ظاهرة خضوع الإدارة للقانون، ولو أن تكريس هذه الظاهرة يتّخذ أشكالا مختلفة ويبدو متفاوت الدرجة من مجتمع إلى آخر.

وبما أنه لا يمكن الحديث عن شيء قبل تعريفه يحسن بنا أن نبدأ بتحديد الخصائص العامة للقانون الإداري (الفرع الأول)، قبل التعرض إلى المراحل التاريخيّة التي ساهمت في ظهوره (الفرع الثاني)، ثم تقديم أهم مصادره (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تعريف القانون الإداري

2- يمكن تعريف القانون الإداري بصفة مبدئية ومبسّطة بأنه أحد فروع القانون العام المتعلّق بالإدارة، غير أن هذا التعريف التقريبي يستوجب التدقيق بتعريف الإدارة (الفقرة الأولى) وضبط علاقتها بالقانون (الفقرة الثانية).

---

[1] P. Weil et D. Pouyaud, *Le droit administratif*, PUF, Que sais-je, 2004, p.1

الفقرة الأولى: تعريف الإدارة

3- إذا انطلقنا من التعريف العادي لهذه العبارة أمكن لنا أن نستنتج أنها تعني تارة النشاط الممارس، وطورا الهياكل المكلّفة بالتسيير، وهذا التعريف - المادي أو العضوي - يستعمل للدلالة في ذات الوقت على جميع أنواع الأنشطة البشرية، دون تمييز بين ما هو عام و ما هو خاص.

إلى جانب هذا المفهوم الواسع نجد أيضا مفهوما ضيّقا، يقتصر على تعريف الإدارة بالإدارة العمومية، وهي مجموع الهياكل التابعة للدولة والمكلّفة بتنفيذ سياساتها في مختلف مجالات الشؤون العامة.

وتبدو الإدارة في هذا الإطار متميّزة في ذات الوقت عن الأنشطة الخاصة، (أ) وعن أشكال أخرى من الأنشطة العمومية (ب)

أ - الإدارة ونشاط الأفراد

يختلف النشاط الإداري بصفة جوهريّة عن نشاط الأفراد من حيث الغاية التي يسعى إلى تحقيقها، ومن حيث الوسائل المستعملة للوصول إليها

1- من حيث الغاية

5- تبرز في مختلف المجتمعات البشرية حاجات ضرورية للاستقرار والاستمرار، لا يمكن تحقيقها من قبل الأفراد، إمّا لأن تلبيتها يستوجب تسخير وسائل تفوق طاقاتهم المحدودة (الصحة، التعليم)، وإما لأنه لا يمكن توظيفها لتحقيق الربح، بحكم أنها تتميّز بصبغتها غير النفعية (الأمن، الدفاع).

ولئن كان محرّك الأعمال الفردية تحقيق المنفعة الخاصة فإن هدف الأعمال الإدارية هو تحقيق **المصلحة العامة**[2].

---

[2] حول هذا المفهوم راجع: Rapport public du Conseil d'Etat, " *L'intérêt général* " in Etudes et Documents n° 50, La Documentation française, Paris 1999, p. 247 et suiv.
وبالنسبة للقانون التونسي انظر :

ويجب أن ننتبه إلى **الصبغة الظرفية** لهذا المفهوم، فالمصلحة العامة اليوم تختلف عما كانت عليه في الماضي، ومفهوم المصلحة العامة في البلدان النامية لا يتّفق مع مفهومها في البلدان المتقدّة.

وأيّا كان الاختلاف في الزمان والمكان من حيث المحتوى، فإن هدف كافة المجتمعات البشريّة يبقى واحد وهو تحقيق المصلحة العامة حتى وإن تم اليوم التركيز أكثر من ذي قبل على مردود المرافق العامة، وعلى ضرورة تقريب أساليب إدارتها من الطرق المتّبعة في القطاع الخاص[3].

2- من حيث الوسائل

6- يؤدي الاختلاف في الأهداف بين الإدارة والأفراد إلى اختلاف في الوسائل، فلئن كانت العلاقة بين الأفراد مؤسّسة على التساوي في الحقوق والواجبات فإن العلاقة بين الإدارة ومنظوريها تتميّز أساسا **بعدم التّكافؤ**، وتؤدي هذه الخصوصية إلى نتيجتين أساسيتين[4]:

- الأولى تتمثّل في ضرورة الاعتراف للإدارة بامتيازات السّلطة العامة حتى تتوفّر لها الوسائل القانونية اللازمة لفرض إرادتها.

وتنعت هذه الوسائل **بامتيازات السلطة العامة** *(les prérogatives de puissance publique)* التي تمثّل الأعمال الانفرادية والعقود الإدارية أهمّ مظاهرها.

- والثانية تتمثّل في ضرورة الحدّ من سلطاتها، وذلك بإخضاعها لجملة من **القيود** *(sujétions)* لغاية منعها من استعمال الوسائل العامة لتحقيق مآرب خاصة

G. Ghrairi- *L'application des normes juridiques indéterminées par le juge administratif tunisien : l'exemple de l'intérêt général*, Mél. Amor, CPU 2005, p.471 et suiv.

[3] J. Rivero et J. Waline- *droit administratif*, D., 18 édit. 2000, n° 2

[4] ذات المرجع رقم 3

عل حساب المصلحة العامة، ولعلّ أهمّ مظاهر هذه القيود ما يوجد في قانون الوظيفة العمومية من ضرورة اللجوء إلى طريقة المناظرة لانتداب الأعوان العموميين على أساس مبدأ المساواة بين المرشّحين.

ب- النشاط الإداري وبقية الأنشطة العمومية

7- يهدف النشاط الإداري إلى " **تنفيذ القوانين**" وهي الغاية التي تدخل في صميم اختصاص السّلطة التنفيذية.

من هذه الزاوية يبدو النشاط الإداري متميّزا عن النشاط التشريعي من جهة، وعن النشاط القضائي من جهة أخرى.

8- فالتشريع يعني وضع القواعد العامة والمجرّدة لتنظيم العلاقات بين مختلف أشخاص القانون - العامة والخاصة -، أمّا النشاط الإداري فهو النشاط الذي يهدف إلى تلبية الحاجات اليومية لأفراد المجتمع والقيام بالأعمال - المادية أو القانونية- اللازمة لذلك.

9- والقضاء يتمثل في تطبيق القانون على النزاعات المعروضة على المحاكم، وهو ما يعني أن هذا النشاط لا يكون قائما إلا في صورة حصول نزاع، وأنه ينتهي بقول كلمة الفصل في النزاع المعروض على القاضي، فهذه الوظيفة لا تهتمّ إلا بالجانب المرضي من العلاقات التي تقوم بين أفراد المجتمع، ولا تتّسم بالشمولية التي تتعلّق بالوظيفة الإداريّة.

10- ولئن كان النشاط الإداري من اختصاص السّلطة التنفيذية فمن الطبيعي أن تتأثّر هذه السّلطة -ومن ورائها الإدارة- بطبيعة النظام السياسي الذي يأخذ به دستور الدولة، فليس من شك في احتلال رئيس الدولة صفة رئيس الإدارة في الأنظمة الرئاسية أو الرئاسوية[5]، وليس من شك في احتلال رئيس الحكومة المرتبة

[5] تطلق هذه العبارة على الأنظمة المقتبسة من النظام الرئاسي دون مراعاة التوازن بين السلطات التي تمثل سمته الأساسية، حول هذا المفهوم انظر: محمد رضا بن حماد- المبادئ الأساسية للقانون الدستوري والأنظمة السياسية، مركز النشر الجامعي، 2006، ص.430 وما يتبع.

الأولى على رأس الإدارة في الأنظمة البرلمانية، أما رئيس الدولة في هذا النوع من الأنظمة فإنه "يسود ولا يحكم"[6].

ويلاحظ من ناحية أخرى أن النشاط الإداري يتجاوز مجرّد " تنفيذ القوانين"، إذ يقتضي اتّخاذ كافة التدابير اللازمة لحسن سير المرافق العامة حتّى في غياب التشريع الملائم[7].

11- وتجدر الإشارة إلى أنّ النشاط الذي تمارسه " السّلطة التنفيذية " ليس كلّه نشاط إداري إذ أن هذه السلطة تمارس نوعين من الوظائف:

- الأول سياسي يتعلّق أساسا بالعلاقات الدولية والدبلوماسية، أو بعلاقة هذه السّلطة ببقية السّلطات الدستورية، وهي نشاطات "**مختلطة** "، منها ما هو **حكومي لا يدخل في الوظيفة الإدارية**، ومثال ذلك تعيين الوزير الأول وأعضاء الحكومة، ومنها ما **لا يمكن فصله عن الوظيفة الإدارية**[8]، ومثال ذلك أوامر نشر المعاهدات الدولية.

- والثاني إداري صرف (تنظيم المرافق العامة، التعيين في الوظائف الإدارية، الحفاظ على النظام العام، الخ).

الفقرة الثانية: علاقة الإدارة بالقانون

12- إن خضوع الإدارة للقانون أمر غير مألوف في الحضارة العربية الإسلامية، ويبدو مبدأ الشرعية في هذه المجتمعات مبدأ مستحدثا، لم يقع تكريسه - وبصفة مشوّهة في أغلب الأحيان - إلا في دساتير الدول الحديثة ابتداء من النصف الثاني للقرن العشرين، إثر التخلّص من الاستعمار[9].

[6] انظر: الأزهر بوعوني: الأنظمة السياسية والنظام السياسي التونسي، مركز النشر الجامعي،2002، ص. 60 وما يتبع

[7] انظر رقم 347 إلى 350 أسفله

[8] حول هذه المسألة راجع رقم 355 وما يتبع أسفله

[9] انظر في هذا الشأن : M.Durupty- *Transposition et mutations du modèle administratif français: les cas libanais et tunisien*, Bull. de l' IIAP,1975 n° 33, p.79

وقبل هذا العهد لم تكن الإدارة خاضعة للقانون، وإنما لمشيئة الحكّام الذين تداولوا على السّلطة في مختلف أرجاء العالم العربي الإسلامي[10].

أ- الإدارة التي لا تخضع للقانون

13- لئن كان العمل الإداري في حاجة دائمة إلى الأحكام اللازمة لتحقيق الأهداف الأساسية للدولة (المال العمومي، الأمن الداخلي، الدفاع عن حرمة الوطن) فإن هذه الأحكام قد تكون ذات طابع داخلي وغير ملزمة للإدارة.

فالإدارة لا تعد خاضعة للقانون إذا كانت القواعد السائدة منبثقة عن إرادتها المنفردة، لا تلزم إلا الأعوان المكلّفين بتنفيذها، دون إمكانية الاحتجاج بها من المرؤوسين ومنظوري الإدارة[11].

في هذا المنوال الإداري الذي يعرف « **بدولة الضبط**» (*Etat de police*)[12] لئن كان بإمكان رئيس الإدارة تسليط الجزاء المناسب على المرؤوسين الذين لا يمتثلون للأحكام الإدارية، فإنه لا يمكن للأفراد الاستناد إلى هذه القواعد لإبطال الأعمال الإداريّة.

---

[10] راجع بالنسبة إلى تونس : أحمد بن أبي ضياف- إتحاف أهل الزمان بأخبار ملوك تونس وعهد الأمان، الدار التونسية للنشر، 1990، الجزء الرابع، ص. 257 وما يتبع والجزء الخامس، ص. 75 وما يتبع.

M. Kraiem- *la Tunisie précoloniale*, Tome I., Etat, Gouvernement, Administration, Economie, Société, STD, 1973 ; A. Guellouz, A. Masmoudi, M. Smida, A. Saadaoui- *Histoire générale de la Tunisie*, Tome III, *Les temps modernes (1534-1881)*, v. notamment p. 89 et suiv.

[11] انظر : J. Rivero- *les mesures d'ordre intérieur administratives*, S. 1934; M. Hecquard-Thréron- *Essai sur la notion de réglementation*, LGDJ, Paris 1977

[12] J. Chevallier- *L'Etat de droit*, RDP, 1988, n° 2, p.329 et suiv

هكذا كانت الإدارة في نظام الحكم المطلق الذي كان سائدا في فترة الدولة الحسينية قبل حلول نظام الحماية[13].

وتجدر الإشارة إلى تواصل العمل بهذا النمط من النظام الإداري حتى في الدول الحديثة، إذ يلاحظ لجوء الإدارة عند إدارتها لبعض المرافق (العسكرية، الإصلاحية، التربوية) إلى طائفة من الأعمال لا يتجاوز أثرها دائرة التنظيم الداخلي للمرفق[14].

ب- الإدارة الخاضعة للقانون

14- نعني بالقانون هنا مجموع القواعد العليا العامة والمجردة الخارجة عن إرادة الإدارة بحكم صدورها عن السّلطة التشريعية، صاحبة السيادة.

هذه الفكرة التي تجسّم حلول منوال« **دولة القانون** » (*Etat de droit*) محل « **دولة الضبط** » (*Etat de police*) لها بدون شك أصل ليبرالي، فهي تعود إلى الثورة الفرنسيّة وإلى أفكار(*Locke* و*Montesquieu* و*Rousseau*) وهو ما يفسّر انتشارها ورواجها[15].

15- وتعود الأسس التاريخية لهذه الفكرة إلى المبدأ الثوري القائل بأن " القانون هو التعبير عن الإرادة الجماعية "، فالسّلطة التشريعية في الأنظمة الديمقراطية الليبرالية تستمدّ من مصدرها الانتخابي علويّة تمتدّ إلى القواعد التي تصدر عنها، بحيث لا يبق للإدارة - بعد المصادقة على القانون - إلا السّعي إلى تجسيمه على أرض الواقع. من هذه الزاوية تبدو الوظيفة الإدارية وظيفة تنفيذية بالأساس تجد في القانون أساسها وحدودها.

---

[13] انظر في هذا الشأن: أحمد بن أبي ضياف- إتحاف أهل الزمان بأخبار ملوك تونس وعهد الأمان، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 75 وما يتبع؛ عبد الفتاح عمر- الوجيز في القانون الدستوري، مركز الدراسات و البحوث و النشر، 1987، ص. 325 و326

[14] انظر : أحمد الراعي- الإجراءات ذات الطابع الداخلي في فقه قضاء المحكمة الإدارية، مذكرة لإحراز شهادة الدراسات المعمقة على القانون العام، كلية الحقوق بسوسة 1999

[15] حول التفرقة بين دولة القانون ودولة الضبط راجع:

J. Chevallier- *L'Etat de droit*, RDP, 1988, n° 2, p.329 et suiv.

غير أن هذا المبدأ لا يستثن إمكانية إصدار الإدارة لأحكام عامة ومجرّدة تعرف بالتراتيب تبقى أقلّ قيمة من الأحكام الصادرة عن السلطة التشريعيّة[16].

الفرع الثاني : تطوّر القانون الإداري

16- إن مبدأ خضوع الإدارة للقانون لا يؤدي بالضرورة إلى وجود قانون إداري، بمعنى قانون خاص بالإدارة مختلف عن القانون العام (الفقرة الأولى).

فبروز قانون إداري مستقلّ في تونس- على منوال القانون الإداري الفرنسي - (الفقرة الثانية)، كان نتيجة تداخل عوامل تاريخية وسياسية خاصة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى : قانون إداري أو قانون الإدارة ؟

17- يقصد بالقانون الإداري هنا جملة القواعد القانونية المتميّزة، المختلفة عن قواعد القانون الخاص التي تحكم النشاط الإداري، فهذا النوع من القانون يعتمد في أغلب الأحيان حلولا مغايرة لتلك التي تطبّق في القانون المدني، وهو ما يتجلّى من خلال الحيثية الشهيرة لقرار (*Blanco*)[17] :

"وحيث أن المسؤولية التي يمكن أن تتحمّلها الدولة بسبب الأضرار التي يلحقها أعوان المرفق العام بالأفراد لا يمكن أن تخضع لمبادئ المجلّة المدنية التي تضبط علاقة الأفراد فيما بينهم.

وحيث أن هذه المسؤولية ليست عامة أو مطلقة، بل لها **قواعدها التي تتغيّر حسب مقتضيات المرفق العام وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة وحقوق الأفراد** ".

ويعتبر هذا التوجّه منطقيا إذا أخذنا بعين الاعتبار أن القانون الإداري يطبّق على أطراف غير متساوية على عكس ما هو الحال في القانون الخاص، فالمنطق

[16] انظر رقم 350 وما يتبع أسفله

[17] TC, 8 février 1973, *Blanco*, GAJA, 10ème édition, S. 1993, p.1

يقتضي ضرورة الاعتراف للإدارة بامتيازات تتجاوز الحقوق العادية للأفراد حتى تتوفّر لها الوسائل اللازمة لتحقيق الصالح العام.

18- بيد أن هذا الحل الذي يفرضه المنطق ليس بالأمر الحتمي، بدليل أن هناك من **يرفض فكرة القانون الإداري ذاته**، ويرى فيها مظهرا من مظاهر التسلّط الذي يشكّل خطرا على الحرّيات الفردية وخرقا لمبدأ تفريق السلطات.

على هذا الأساس لا يقع التمييز في مثل هذه النظم بين الأشخاص العمومية والأفراد، بل يتمّ إخضاعهم إلى قانون واحد - وهو القانون الخاص- وإلى سلطة قضائية واحدة - وهي السّلطة القضائية العدليّة.

وهذا المنوال الذي يعرف **بالنظام الوحدوي** (*système unitaire*) هو الذي نشأ وتبلور في إنجلترا وانتشر في البلدان المتأثّرة بالحضارة الإنجليزية، ومنها على وجه الخصوص الولايات المتّحدة، مع الإشارة إلى أن هذه البلدان قد بدأت تتأثّر بفكرة القانون الإداري، وتدخل نوعا من الخصوصية على القانون الذي تطبّقه على الإدارة، ولكن دون المساس بالجوهر الذي يبقى وحدويا بالأساس[18].

الفقرة الثانية : نشأة المنوال الفرنسي للقانون الإداري وانتشاره

19- إن القانون الإداري الذي نعنيه هو القانون الذي برز في فرنسا قبل أن ينتشر في البلدان المتأثّرة بالنموذج الفرنسي.

وهذا المنوال له جذوره التاريخية التي أفرزت نظاما قانونيا مميّزا.

أ- الجذور التاريخية للقانون الإداري الفرنسي

- 20- تعود جذور المنوال الفرنسي للقانون الإداري إلى الثّورة الفرنسية، ذلك أن العلاقة بين الإدارة الملكية و" البرلمانات " (*les Parlements*) -وهي عبارة عن محاكم عدلية- في فترة ما قبل الثورة، لم تكن علاقة تعاون وانسجام،

[18] P. Lindseth- *Réflexions sur le droit administratif aux Etats-Unis*, EDCE, 1995, n° 46, p.515
D. Levy- *Les développements récents du droit administratif anglais*, Mél. Chapus, Montchrestien, Paris 1992, p.387

وإنما كانت علاقة ارتياب وتنازع، فهذه المحاكم التي كان من صلاحياتها تسجيل الأوامر الملكية لإكسائها الصبغة التنفيذية كانت كثيرا ما ترفض القيام بذلك، وهو ما كان يؤدي إلى عرقلة أعمال الإدارة، فلمّا تحقّقت الثورة رأت السّلطة المنبثقة عنها أنه من أوكد الإصلاحات **منع المحاكم العدلية من التدخّل من جديد في شؤون الإدارة**، و قد وقع تأكيد هذا المنع بصفة صارمة ومفخّمة في قوانين ثورية متلاحقة تشكّل اللبنة الأولى لظهور القانون الإداري.

21- ويمثّل قانون 16-24 أوت 1790 أول وأشهر القوانين الثورية الذي أقرّ هذا المنع، إذ تضمّن فصله الثالث عشر أن " الوظائف القضائية تبقى دائما مستقلّة عن الوظائف الإدارية وأن القضاة لا يمكنهم تعطيل أعمال الإدارة بأيّة طريقة كانت، أو مقاضاة أعوانها من أجل أعمال تتّصل بوظائفهم، وأن كل مخالفة لهذا المنع تعتبر خرقا فادحا للقانون ".

وقد تأكّد هذا المبدأ الذي يعرف بمبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية بصدور قانون (*Fructidor*) العام الخامس سنة 1797، الذي اقتضى أنه " يمنع منعا باتا على المحاكم أن تنظر في مختلف أعمال الإدارة".

22- وباستقراء هذه الأحكام يتّضح أنها أقرّت ضمنيا مبدأ اختلاف الوظائف الإدارية عن الوظائف القضائية، وهذا أمر طبيعي في نظام يقوم على قاعدة الفصل بين السلطات الثلاث، بيد أن ما يثير الاستغراب هو النتيجة التي رتّبها الثوريون عن هذا الاعتراف، وهي منع السّلطة القضائية من النظر في أعمال الإدارة.

وقد حاول هؤلاء تبرير موقفهم بالرجوع إلى مبدأ تفريق السلطات، معتبرين أن الاعتراف للقضاء بسلطة إبطال أعمال الإدارة يؤدي إلى التدخّل في شؤونها، ومنعها من القيام بمهامها، والحيلولة دون قيام السّلطة التنفيذية ومن ورائها الإدارة بوظيفتها الدستورية.

غير أن هذا التبرير يمثّل في الحقيقة تشويها للمبدأ المذكور الذي يقوم على وحدة الوظيفة القضائية- تطبيق القانون وفصل النزاعات- أيّا كان محتوى هذا القانون، وأيّا كانت الأطراف المتنازعة[19].

23- وعلى هذا الأساس أصبحت الإدارة في مرحلة أولى في حلّ من كل رقابة باستثناء الرقابة الذاتية، وهو ما أدى إلى وصف هذا النظام بنظام **الإدارة القاضية** (*système de l'administrateur-juge*) وهو النظام الذي تستأثر فيه الإدارة بالنظر في النزاعات الإدارية.

24- غير أن هذا الوضع لم يتواصل كثيرا، إذ سرعان ما شهد تحوّلا هاما بداية صدور دستور "السنة الثامنة" لسنة 1806، في عهد القنصل الأول (*Napoléon Bonaparte*) فقد تضمّن هذا الدستور في فصله 52 إحداث هيئة عليا أطلق عليها اسم مجلس الدولة (*Le Conseil d'Etat*)، أسند لها دور استشاري يتمثّل في إبداء الرأي وإعداد مشاريع القرارات في النزاعات الإدارية، ولكن مع إبقاء كلمة الفصل إلى رئيس الإدارة، وهو ما أدّى إلى وصف هذا النظام بنظام **القضاء المحجوز** (*système de la justice retenue*) الذي تحوّل فيما بعد إلى نظام **القضاء المفوض** (*système de la justice déléguée*) عندما وقع الاعتراف لهذا المجلس ولمجالس الأقاليم المستحدثة باختصاص الفصل في النزاعات الإدارية بمقتضى قانون 24 ماي 1872[20].

ب – سمات المنوال الفرنسي للقانون الإداري

25- يتميّز النظام الفرنسي للقانون الإداري بخضوع الإدارة لقواعد ذات خصوصية متفاوتة الدرجة، تختلف عن تلك التي تسوس العلاقات بين الأفراد.

---

[19] حول هذه المسألة انظر أطروحة الأستاذ:
J. Chevallier- *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970

[20] حول هذه المسألة، انظر بالخصوص : J. Chevallier- *Du principe de séparation au principe de dualité*, RFDA, n° 6, sept-oct. 1990

وتعود هذه الخصوصية إلى فكرة المصلحة العامة التي تصطبغ بها مختلف الأعمال الإدارية والتي تؤدي إلى الاعتراف للإدارة بجملة من الامتيازات مع إخضاعها إلى بعض القيود عند أدائها لمهامها.

ولمّا كان موضوع الرقابة القضائية مسألة جوهرية في نظام يسعى إلى إخضاع الإدارة لسلطان القانون، فقد وقع ربطها منذ البداية بمسألة محتوى القانون الذي سيطبّق على الإدارة، وقد أدى ذلك إلى بعث نظام قضائي يقوم على وجود جهازين قضائيين مستقلين :

– محاكم عدلية على رأسها محكمة التعقيب مكلّفة بتطبيق القانون الخاص في النزاعات التي تنشأ بين الأفراد

– ومحاكم إدارية على رأسها مجلس الدولة مكلّفة بتطبيق القانون العام في النزاعات التي تنشأ بين الإدارة و منظوريها

– مع وجود هيكل ثالث يعرف بمحكمة التنازع (*Tribunal des conflits*) أوكل له قانون 1872 سالف الذكر مهمّة حسم مسائل تنازع الاختصاص التي قد تنشأ بين جهازي القضاء الإداري والعدلي.

وقد كان لهذه **الازدواجية القضائية** التأثير الكبير على تطوّر هذا النظام، ولعلّ البحث المطول للفقه وفقه القضاء عن معيار موحّد للقانون الإداري وللقضاء الإداري أقوى دليل على هذا الأثر[21].

26– وقد نال هذا المنوال إعجاب العديد من الدول التي رأت من المفيد الأخذ بأهمّ نتائجه ونظرياته ومؤسّساته لإقحامها في نظام قانونها الوطني، مع إثرائها ببعض الحلول الخاصة التي أفرزها محيطها الداخلي.

وتبدو هذه الخصوصية متغيّرة من بلد إلى آخر بحكم العوامل التاريخية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية الخاصة بكل دولة.

[21] حول هذا الموضوع انظر بالخصوص :
J. Rivero- *Existe-t-il un critère du droit administratif*? RDP, 1953, p.279

ففي البلدان الغربية وعلى الرغم من تمسك شعوب الدول الأوروبية بمؤسّساتها وتقاليدها، يلاحظ أن العديد من الدول الكبرى، ومنها إيطاليا وبلجيكيا واليونان، قد استلهمت نموذج القانون الإداري الفرنسي عند وضعها لنظام خاص بالمنازعات الإداريّة، أمّا في البلدان التي مرّت بمحنة الاستعمار، ومنها على وجه الخصوص بلدان المغرب العربي وبعض الدول الإفريقية، فإن التأثّر بالمنوال الفرنسي كان أكثر عمقا، بحكم احتفاظ هذه الدول الحديثة بعد الاستقلال بالمؤسّسات الموروثة، وتأثّر النخبة الحاكمة بالمبادئ والمفاهيم القانونية لدولة الاستعمار[22].

الفقرة الثالثة: ظهور القانون الإداري في تونس

27– لا يمكن الحديث عن قانون إداري بالمعنى المتداول لهذه العبارة قبل عهد الحماية، ذلك أن فترة ما قبل الحماية تتميّز أساسا بوجود نظام الحكم المطلق الذي يستأثر فيه الباي بجميع السلطات : التشريعية والتنفيذية والقضائية، وهو ما ينفي خضوع الإدارة للقانون.

وعلى هذا الأساس، يمثّل نظام الحماية قطيعة جذرية مع النظام القديم، كان له التأثير العميق على النظام الذي سيتم تركيزه إثر الاستقلال.

أ– مرحلة الحماية

28– انتصبت الحماية الفرنسية بتونس بمقتضى معاهدة (باردو) في 12 ماي 1881، وبصرف النظر عن جوانبها السلبية المتعدّدة، فإن جانبها القانوني كان له التأثير العميق في النظام الذي وقع تركيزه بعد الاستقلال، إذ يعود الفضل لهذا العهد في إصلاح وإعادة تنظيم الإدارة وتقنين أساليب عملها على أسس عصرية، فضلا عن تركيزه لأول مرّة في تونس نظاما للنزاع الإداري تكون فيه الإدارة خاضعة للقانون.

[22] J. Rivero- *Les phénomènes d'imitation*, art. précité, p. 619; v. aussi : "*La réception des modèles européens de justice administrative au Maghreb*", Actes du Colloque organisé par l'ATDA et l'URDAS les 3, 4, 5 novembre 2006 (à paraître)

1- إعادة تنظيم الإدارة

29- لقد كان من الأسباب المعلنة لتبرير انتصاب الحماية الفرنسية بتونس ضرورة " القيام بالإصلاحات الإدارية والعدلية التي ترى الحكومة الفرنسية فائدة في إجرائها "، طبقا لما نص عليه الفصل الأول من اتفاقية (المرسى) المؤرّخة في 8 جوان 1883.

ولمّا كانت هذه الحكومة ممثّلة في تونس بواسطة الوزير المقيم العام طبقا لمقتضيات الفصل الخامس من معاهدة (باردو) سالفة الذكر فقد أمكن لهذا الأخير السيطرة على كامل الجهاز الإداري.

وقد اتخذ هذا التدخّل أشكالا متعدّدة:

30- تمثّل الأوّل في إحداث وتنظيم عدّة إدارات تعدّ بمثابة الدعامة التي سيقام عليها التنظيم الإداري الناشئ في هذه البلاد.

ففي المستوى المركزي تم إحداث خطّة الكاتب العام للحكومة لمعاضدة الوزير الأكبر ومراقبة كافة أعوان الإدارة التونسيّة، كما تم بعث إدارات مركزية جديدة مستقلّة تماما عن إدارة الباي، لا تخضع إلاّ للسّلطة المباشرة للمقيم العام، ومنها الإدارة العامة للأشغال العمومية بمقتضى الأمر المؤرخ في 3 سبتمبر 1882، فالإدارة العامة للمالية بمقتضى الأمر المؤرخ في 2 أكتوبر 1884، و ديوان البريد والبرق والهاتف بمقتضى الأمر المؤرخ في 11 جوان 1888.

وفي المستوى المحلّي تم إحداث خطة المراقبين المدنيين على رأس الدوائر الترابية المستحدثة، مع إخضاعهم للسّلطة المباشرة للمقيم العام، كما تم إدخال التنظيم البلدي بمقتضى الأمر المؤرخ في 1 أفريل 1885.

31- أما الشكل الثاني فقد تعلّق بالنشاط الإداري وما يرتبط به من وسائل قانونية نخصّ بالذكر منها قانون الملك العمومي للدولة الصادر بمقتضى الأمر المؤرخ في 24 سبتمبر1885، والقانون الخاص بصفقات الأشغال العمومية الصادر بمقتضى الأمر المؤرخ في 25 جويلية 1888، وقانون الملك الخاص

للدولة الصادر بمقتضى الأمر المؤرخ في 18 جوان 1918، وقانون الانتزاع للمصلحة العامة الصادر بمقتضى الأمر المؤرخ في 9 مارس1939، وقد مثّلت هذه التشريعات النواة الأولى للقانون الإداري التونسي[23].

وبالإضافة إلى ذلك تمّ الاهتمام أيضا بجانب الرقابة القضائية وهو ما شكّل تحوّلا جوهريا في طبيعة النظام الإداري.

2- تنظيم النزاع الإداري

32- بمجرّد انتصاب نظام الحماية أحدثت المحاكم الفرنسيّة في تونس بمقتضى القانون الفرنسي المؤرّخ في 27 مارس1883، ثم صدر الأمر العلي المؤرخ في 18 أفريل 1883 الذي اقتصر على إدراج القانون المذكور في الرائد التونسي[24].

بهذه الطريقة أصبح قضاء الإدارة في تونس يرتكز على منظومة قضائية مزدوجة :

- قضاء تونسي من ناحية يعود بالنظر إلى دائرة شؤون الدولة بالوزارة الكبرى[25].

- وقضاء فرنسي من ناحية أخرى حلّ محلّ المحاكم القنصلية التي كانت مختصّة بالنظر في القضايا التي تهمّ الرعايا الأوروبيين على أساس معاهدات

---

[23] حول هذه القوانين راجع :
V. Silvera- *l'organisation politique et administrative de la Tunisie*, polycopie, ENA, Tunis, 1954

[24] حول هذه المسألة انظر:
R. Chapus- *Le contrôle et le contentieux*…op. cit., p.27 et S. De Pougnadoresse- *La justice française en Tunisie*, Paris, Larose, 1897, p. 4 et suiv.

[25] انظر : M..Mabrouk- *Traité de droit administratif tunisien*, Tome I, Dar Essabah, 1974, p. 10 et suiv.

الاستسلام المبرمة بين الدولة العثمانية – صاحبة السيادة في تونس قبل حلول نظام الحماية– والدول العظمى[26].

وقد كان لهذه الازدواجية القضائية التأثير المباشر على تنظيم القضاء الإداري، إذ صدر أمر 27 نوفمبر 1888 المتعلّق بالخصام الإداري ليقرّ اختصاص المحاكم الفرنسية المحدثة بالمملكة بمقتضى أمر 18 أفريل 1883.

34- وما يميّز هذا الأمر هو إحداثه لنظام قضائي يرتكز على **قضاء موحّد مع التفريق بين المنازعات**، وهو ما يعني رفض نظام الازدواجية القضائية، وإسناد النظر في المنازعات الإدارية للمحاكم العدلية، ولكن مع مطالبتها بتطبيق قواعد خاصة عند نظرها في هذا الصنف من المنازعات[27].

ويتأكد ذلك من خلال الفصل الأول من الأمر المذكور الذي اقتضى أن " تعرض على المحاكم المدنية المنتصبة بالمملكة حسب حدود النظر المعيّن لكل منها جميع المطالب التي مآلها التصريح بأن الإدارة مدينة ... من جهة أي عمل صدر منها بغير حقّ وأضر بالغير".

[26] حول المحاكم الفرنسية في تونس انظر:
S. B. Achour- *Histoire d'un texte: le décret beylical du 27/11/1888 sur le contentieux administratif*, in " *Le centenaire du décret beylical du 27/11/1888* ", CERP, 1988, p.24 et 25

[27] حول هذا النظام راجع بالخصوص :
R. Chapus- *Le contrôle et le contentieux de l'administration en Tunisie, Tunis op.cit.*
v. aussi du même auteur : *Aux sources du régime du contentieux administratif: du Protocole franco-italien du 25-01-1884 au Décret beylical du 27 novembre 1888* , R.T.D, 1966-1967, p.75.
H. Ben Salah- *La justice administrative au Maghreb*, Thèse, Tunis, 1979.
Et le " *Le centenaire du Décret du 27 novembre 1988* ", op. cit
البشير التكاري- مدخل إلى القانون الإداري، المدرسة القومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات والنشر، الطبعة الثانية تونس 2000، ص 58 وما يتبع.

ولعلّ أهمّ ما ورد في هذا الفصل هو العبارة المتعلّقة بالسند القانوني لمسؤوليّة الإدارة[28]، إذ أن التنصيص على أن الإدارة تكون مسؤولة من أجل أي عمل صدر عنها " بغير حقّ" يؤدي مباشرة إلى البحث في مشروعيّة الأعمال الإداريّة[29].

35- على أن نظر المحاكم المدنية في المسائل الإدارية يبقى محدودا، ذلك أن الفصل الرابع من أمر 27 نوفمبر 1888 قد حجّر قضاء الإلغاء – و هو من أهمّ فروع القضاء الإداري – لمّا اقتضى أنه " من الممنوع أيضا على المحاكم المدنية أن تنظر في مطلب مآله إبطال عمل صدر من الإدارة ".

36- بيد أن هذا المنع لم يقف حائلا دون إقرار المحاكم المدنيّة اختصاصها للنظر في مشروعيّة القرارات الإدارية كلّما أثيرت هذه المسألة أمامها بصفة غير مباشرة، بواسطة الدفع بعدم الشرعيّة أو باستثناء اللاشرعيّة (*Le contrôle par la voie de l'exception d'illégalité*) توصّلا إلى استبعاد تطبيق القرار المطعون فيه على موضوع النزاع كلّما تبين أنه مخالف لمبدأ الشرعيّة[30].

وقد استندت المحاكم المذكورة لإقرار هذا الاختصاص إلى قراءة عكسية لمقتضيات الفصل الثالث من الأمر المذكور الذي يدعوها إلى عدم تعطيل تنفيذ التراتيب " الشرعيّة " التي تتّخذها الإدارة، معتبرة أن هذه العبارة تفتح الباب أمامها لتقدير مدى شرعيّة التراتيب المحتجّ بها من قبل الإدارة.

[28] حول النظام القانوني لمسؤولية الإدارة انظر الباب الأول من الجزء الرابع أسفله

[29] R. Drago – *l'exception d'illégalité devant les tribunaux judiciaires en Tunisie*, RTD 1953 p.1 et suiv.

[30] حول هذه المسألة انظر :
R. Drago- *l'exception d'illégalité devant les tribunaux judiciaires en Tunisie*, art. précité, p. 1 et suiv.
ومروان الديماسي– الدفع بعدم شرعية القرارات الإدارية، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون العام، كلية الحقوق بسوسة، 1995.

37- ومع التسليم بضرورة تطبيق قواعد خاصة على النشاط الإداري، تضمن هذا الأمر طرق تقاضي تختلف عن تلك المقرّرة بمجلّة المرافعات المدنية والتجارية (الفصل الثاني).

وإلى جانب النواحي الإيجابيّة المتعلقة باختصاص المحاكم المدنية عند انتصابها للنظر في المادة الإداريّة، تضمّن أمر 27 نوفمبر 1888 في فصله الثالث عنصرا سلبيا، تمثّل في فصل الوظائف الإدارية عن الوظائف القضائية، ومنع المحاكم المدنية من تعطيل عمل الإدارة أو توجيه الأوامر إليها، وهو ما شكّل تكريسا نسبيا لمبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية العدلية الذي يعدّ الأساس الأول لقيام قانون إداري مستقلّ عن القانون العام[31].

ب – تطوّر القانون الإداري التونسي بعد الاستقلال

38- " يستحيل فهم القانون الإداري التونسي بدون الرجوع إلى القانون الإداري الفرنسي"[32].

وبالفعل فإن النصوص اللاّحقة للاستقلال تعكس بصفة عامة هذا **الإيماء القانوني** (*mimétisme*)، مع الإشارة إلى أن هذه الظاهرة لا تعني أن عملية نقل المنوال المستورد تكون دائما كاملة وشاملة ووفيّة للمنوال الأصلي، وإنما تفيد فقط أنها ستأخذ بأهمّ مؤسّساته وبمبادئه الأساسيّة، دون أن يمنع ذلك من إدخال بعض التغيير عليها تماشيا مع مقتضيات الظروف المحليّة، بحيث سيكون تطابق أو تلاؤم النظام المحلّي في النهاية مع النموذج الأصلي متفاوت الدرجة بحكم تداخل الظروف السياسيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة، ومدى تأثيرها على النصوص والمبادئ المستوردة.

---

31 Y. B. Achour- *L'histoire du principe des autorités administratives et judiciaires en droit administratif tunisien*, EDCE n° 42, p. 179 et suiv.

32 Y. Ben Achour- *Droit administratif*, CPU, 2000, p.29

1- عملية نقل المنوال القانوني الفرنسي

39- لقد انطلقت عملية النقل منذ السنوات الأولى للاستقلال واتّخذت أشكالا و أساليب مختلفة:

40- تمثّل الأول في المحافظة على التنظيم والمفاهيم والمؤسّسات الموروثة من عهد الحماية.

ففي مستوى التنظيم الإداري، نلاحظ تواصل العمل بالمبادئ التي تم وضعها خلال عهد الحماية : إدارة مركزية، إدارة لا محورية، لامركزية إدارية، سلطة رئاسية، رقابة إشراف، اختصاص مقيّد، سلطة تقديريّة، تفويض الاختصاص، تفويض الإمضاء، الخ.

وفي مستوى وسائل العمل الإداري.نلاحظ الإبقاء على النصوص الأساسيّة التي تعود إلى هذه الفترة، نكتفي بالإشارة إلى بعضها : قانون الملك العمومي للدولة (أمر24 سبتمبر 1885)، قانون الملك الخاص للدولة (أمر 18 جوان 1918).

وفي مستوى تنظيم النزاع الإداري الملفت للانتباه هو الإبقاء على أمر 27 نوفمبر 1888، إلى حين صدور القانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 المؤرّخ في 3 جوان 1996 المنقّح لقانون المحكمة الإدارية، الذي ألغى العمل بهذا النص المئوي الشهير، ولكن دون إزالة أسسه ونتائجه الرئيسية المتمثّلة في مبدأ الفصل بين الهيئات، إذ تضمّن الفصل الثالث من القانون عدد 38 لسنة 1996 المتعلّق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية :

" ليس للمحاكم العدلية أن تنظر في المطالب الرامية إلى إلغاء المقررات الإدارية، أو إلى الإذن بأي وسيلة من الوسائل التي من شأنها تعطيل عمل الإدارة أو تعطيل سير المرافق العمومية ".

41- وتمثّل الثاني في مراجعة بعض النصوص التي تمّ وضعها خلال فترة الحماية، نذكر من بينها أمر 21 جوان 1956 كما وقع تنقيحه بالنصوص اللاّحقة، والقانون عدد52 لسنة 1975 المؤرخ في 13 جوان 1975 الذي حوّل مؤسسة "القيادات" المحدثة بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 13 جويلية 1922 إلى مؤسّسة الولايات، والأمر المؤرّخ في 14 مارس 1957 الذي ألغى العمل بأمر 1 أفريل 1885 المتعلق بالتنظيم البلدي.

كما يمكن أن نذكر على صعيد وسائل النشاط الإداري : قانون الانتزاع من أجل المصلحة العامة (11 أوت 1976)، وقانون الوظيفة العموميّة (12 ديسمبر 1983)، وقانون المحاسبة العمومية (31 ديسمبر 1973)، وهي نصوص قد اقتصرت على نقل الأحكام القديمة المتعلّقة بهذه الموضوعات، مع إدخال بعض الإضافات التي لا تمسّ بجوهر النظام الأصلي.

42- وتمثّل الثالث في إحداث مؤسّسات الدولة الجديدة وإقرار مبادئ لم يسبق العمل بها من قبل لاتّصالها مباشرة بسيادة الدولة وبالنظام الجمهوري، وقد تجسّد هذا المنهج في رجوع المشرّع أساسا إلى النظام الفرنسي بحكم تأثّر الحكّام بالمؤسسات والمبادئ المكرّسة في هذه البلاد.

ويمكن أن نذكر في هذا الاتّجاه المؤسّسات التالية : رئيس الجمهورية، مجلس الوزراء، الوزير الأول، الوزراء، الجماعات العمومية الترابية، مجلس الدولة، المحكمة الإدارية، دائرة المحاسبات، مجلس تنازع الاختصاص، السّلطة الترتيبية العامة، حالة الاستثناء، تحديد مجال القانون والتراتيب، الأوامر (الدستور)، الموفق الإداري (أمر 10 ديسمبر 1992 وقانون 3 ماي 1993)، الخ.

2- ابتعاد القانون الإداري التونسي عن المنوال الأصلي

43- إن ظاهرة الإيماء التي تميّز القانون الإداري التونسي لم تكن مطلقة ضرورة أنه لا يمكن وضع نظام قانوني ليبرالي متطوّر في محيط يتميّز باحتكار

السّلطة وبهيمنة الحزب الحاكم ويفتقد إلى التقاليد الثقافيّة والسياسيّة التي ساهمت منذ الثّورة الفرنسية في بروز هذا المنوال من القانون الإداري.

على هذا الأساس كان ابتعاد القانون الإداري التونسي عن المنوال الأصلي واضحا وجليا منذ السنوات الأولى للاستقلال.

ففي مستوى التنظيم الإداري وقع اعتماد نظام المركزية الإدارية، وهو ما أدّى إلى التقليص من سلطات واختصاصات الجماعات المحليّة إلى حدّ جعلها أشبه بأن تكون مجرّد مرافق تابعة للإدارة المركزية أكثر من أن تكون أشخاصا عمومية مختصّة في تصريف شؤونها بصفة مستقلّة عن الدولة[33].

وفي مستوى الرقابة القضائية لم يقع إقرار مبدأ الشرعية إلا بصفة تدريجيّة ومحدودة، إذ ظلّت الأعمال الإدارية والتصرّف في الأموال العمومية إلى حدّ أواخر الستينات في مأمن من كل رقابة خارجية بالرغم من إشارة دستور غرة جوان 1959 في صياغته القديمة إلى هذه المسألة[34]، ويعود هذا الرفض بدون شك إلى التوجّه السياسي الاشتراكي الذي تم اعتماده بعد سنوات قليلة من الاستقلال، والذي تواصل إلى أواخر الستينات إلى حدّ الإعلان عن فشل سياسة التعاضد وتعويضها بسياسة ذات صبغة ليبرالية- على الأقل في المستوى الاقتصادي والإداري[35]، فكان

[33] حول هذه المسألة انظر : *Décentralisation et démocratie*, O.C, sous la direction de G. Marcou et H. Ben Salah- l'Harmattan et I.O.R.T, 1998; L. Tarchouna- *Décentralisation et déconcentration en Tunisie*, Thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2005

[34] ينص الفصل 57 قديم من الدستور:
" يتركّب مجلس الدولة من هيئتين :
1- قضائية إدارية تنظر في النزاعات التي تنشأ بين الأفراد من جهة وبين الدولة والجماعات العمومية من جهة أخرى وفي تجاوز الإدارة سلطتها.
2- دائرة المحاسبات تتولّى مراجعة حسابات الدولة وترفع تقريرا في ذلك إلى رئيس الجمهورية وإلى مجلس الأمة ويحدّد القانون تركيب مجلس الدولة وإجراءاته ومشمولات أنظاره ".
غير أن المشرّع لم يتول إحداث المؤسّسة الجامعة المتمثلة في مجلس الدولة وإنما مكوناتها المتمثلة في المحكمة الإداريّة من جهة ودائرة المحاسبات من جهة أخرى كما سنرى ذلك لاحقا

[35] انظر :

من الطبيعي أن يقترن التوجّه الجديد بإحداث مؤسّسات مختصّة في مراقبة شرعية الأعمال الإدارية، وقد اتّخذت هذه الرقابة شكلين مختلفين :

44- الأول يتمثّل في الرقابة الإدارية التي تمارس داخل الإدارة بوساطة مصالح متخصّصة تنشط في مختلف مستويات الهرم الإداري، نذكر من بينها التفقديّة العامة للمصالح الإدارية التابعة للوزارة الأولى[36]، والرقابة العامة للمالية التابعة لوزارة المالية للمالية[37] ، ورقابة المصالح العدلية التابعة لوزارة العدل[38]، مع التذكير بأن الرقابة الإدارية العادية تمارس باستمرار من طرف رؤساء المصالح الإدارية على سير مختلف المرافق الراجعة لهم بالنظر.

45- والثاني يتمثّل في الرقابة القضائية المالية (دائرة المحاسبات)[39] والإدارية (المحكمة الإدارية)[40].

وتتّخذ رقابة القاضي الإداري بدورها شكلين أساسيين:

- الأول يتمثّل في دعوى تجاوز السّلطة وهي الدعوى التي تهدف إلى إلغاء المقرّرات الإداريّة المخالفة للمشروعية القانونية

- والثاني يتمثّل في دعاوى القضاء الكامل بمختلف فروعها، ومن أهمّها دعوى التعويض وهي الدعوى التي تهدف إلى جعل الإدارة مدينة من أجل الأضرار التي تتسبب فيها بمناسبة قيامها بأعمالها.

A.Mestre- *La Tunisie à l'heure de la planification libérale*, RTD, 1973, p 101 et s.

[36] انظر رقم 326 أسفله

[37] انظر 325 رقم أسفله

[38] انظر رقم 323 أسفله

[39] القانون عدد 8 المؤرخ في 8 مارس 1968 المتعلّق بدائرة المحاسبات كما وقع تنقيحه بالقوانين اللاحقة

[40] القانون عدد 40 المؤرخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريـة كمـا وقـع تنقيحـه بالقوانين اللاحقة

وما يجب التنبيه إليه هو أن إحداث المحكمة الإدارية لئن مثّل خطوة هامة نحو تكريس مبدأ الشرعية[41]، فإنه لم يكن كافيا - في غياب المناخ العام الملائم لذلك - للمساهمة في ازدهار القانون الإداري وجعله أداة فاعلة لفرض احترام القانون على مختلف السّلطات الإدارية[42].

الفـرع الثـالث: مصادر القانـون الإداري

46- إن المقصود (بمصادر القانون الإداري) إنما هي المصادر الشكلية لهذا القانون، فما يهمّ بالدرجة الأولى هو البحث عن طرق إنشاء القواعد المكوّنة للقانون الإداري بغض النظر عن مصادره الماديّة، مع الإشارة إلى أن العرف، أي مجموع القواعد والتقاليد التي توافق عليها الجميع واعتادوا على تطبيقها وسلّموا بقيمتها القانونية إنما هو من المصادر التي تكاد تكون مفقودة في القانون الإداري الذي يتميّز بصبغته المكتوبة[43].

على هذا الأساس سنعرض في البداية المصادر الأساسية للقانون الإداري قبل الاهتمام بمصادره التكميلية.

الفقرة الأولى: المصادر الأساسية للقانون الإداري

47- تعدّ النصوص القانونية المكتوبة المصادر الأساسية للقانون الإداري، إذ تنتمي تونس إلى البلدان التي اختارت نظام القانون النصّي المكتوب الذي يختلف جوهريا عن نظام القانون العرفي، لذا تحتلّ النصوص القانونية رتبة خاصة في

---

[41] حول مبدأ الشرعية راجع الباب الثاني من الجزء الرابع أسفله

[42] انظر :

Y. Ben Achour- *Droit administratif*, op.cit n° 43

و راجع بالخصوص: عياض ابن عاشور- القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية، المرجع سابق الذكر

[43] حول مصادر القانون بصفة عامة انظر: محمد الشرفي وعلي المزغني - مدخل لدراسة القانون، المركز القومي البيداغوجي، 1993، ص 331 وما يتبع، وكمال شرف الدين- القانون المدني، مركز النشر الجامعي، 2004، رقم 45 وما يتبع

مصادر القانون الإداري، وترتّب طبقا لترتيب تفاضلي يعتمد ثلاثة مصادر أساسية وهي : الدستور والقانون والتراتيب.

أ- الدستور

48- يحتلّ الدستور مكانة خاصة في سلّم القواعد القانونية ويتنزّل في أعلى درجة من درجاته.

49- وينظّم الدستور المؤسّسات السياسية ولا يهتّم مبدئيا بالإدارة إلا أنه يتضمن أحكاما لها تأثير مباشر على المؤسّسات الإدارية وعلى مبادئ القانون الإداري، وهو ما حدا بالأستاذ (*Vedel*) إلى تقديم نظرية تعتمد (الأساس الدستوري للقانون الإداري)، وأيّا كانت القيمة العلمية لهذه النظرية[44]، فإنه يبقى من الضروري الرجوع إلى الدستور لفهم المبادئ الأساسية لهذا القانون ومنها على وجه الخصوص: السّلطة الترتيبية (الفصل 53 من الدستور)، ومجال القانون والتراتيب (الفصلان 34 و35 من الدستور)، ومبدأ الازدواجيّة القضائيّة (الفصل 69 من الدستور)، ومبدأ اللاّمركزية الإدارية (الفصل 71 من الدستور)، والضمانات الأساسية لمنظوري الإدارة (توطئة الدستور والفصول 5 و6 و7 و8 و9 و10 و11 و12 و13 و14)، وأصناف المؤسّسات العامة (الفصل34، فقرة أولى من الدستور)[45].

50- ولا تقتصر القواعد التي لها قيمة دستورية على الأحكام الدستورية فحسب، بل تمتدّ إلى المبادئ المعلن عنها في توطئة الدستور، فليس من شك في القيمة الدستورية لمبادئ النظام الجمهوري وسيادة الشعب وتفريق السلطات،

[44] G. Vedel- *les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE, 1954, p.21
Ch. Eisenmann-*la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif*, RDP 1972, p.1235

[45] انظر:
" Les bases constitutionnelles du droit administratif", Actes du Colloque organisé par la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis les 9 et 1O mars 2007

والمساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات التي وردت في توطئة الدستور، فهذه المبادئ تندرج ضمن **(كتلة الدستورية)**[46] التي وقعت مراجعتها منذ سنة 1959 بتعديلات متعدّدة ومتلاحقة تحدّ من استقرار القاعدة الدستورية[47].

51- والجدير بالذكر أن الفصل 5 من قانون المحكمة الإدارية الذي تعرّض إلى مصادر المشروعية القانونية قد أدرج " القوانين والتراتيب الجاري بها العمل والمبادئ العامة للقانون"، ولم يذكر الدستور ولا المعاهدات الدولية.

على أن المحكمة الإدارية قد توسّعت في تأويل هذا النص ولم تتردّد في إدماج القواعد الدستورية ضمن مصادر المشروعية القانونية، فقد اعتبرت في قرار صادر عنها بتاريخ 27 جوان 1990 أنّ قرار وزير التربية المتعلّق بفتح مناظرة انتداب لأساتذة محاضرين في التعليم العالي الذي اقتضى وجوب إقامة كل ناجح بمركز تعيينه " قد وضع قيدا لمبدأ حرية الإقامة " والحال أن "حرّية اختيار مقرّ الإقامة وهي من الحرّيات العامة والحقوق الأساسية التي ضمنها الدستور للمواطن لا يمكن تقييدها ولا النيل منها إلا بنص تشريعي وفي إطار الشروط التي حدّدها الفصل السابع منه"[48]، وقد تأكد هذا التوجه مؤخرا حين اعتبرت المحكمة أن منشور وزير التربية الذي اقتضى إلزام الموظفين أثناء مباشرتهم لعملهم بمراعاة " واجب الظهور بالهندام السوي الذي لا يوحي بما يعد تطرفا أو خروجا عن المألوف " المحمول عليهم بمقتضى قانون الوظيفة العموميّة " يقوم مقام التدخّل في مجال الحريات الفرديّة (...) ويتضمّن قاعدة جديدة تتعلّق بالهندام وردت في صيغة

[46] حول القيمة الدستوريّة لهذه المبادئ انظر: محمد رضا بن حماد- تأويل المجلس الدستوري...، ص.1163 و ما يتبع

[47] حول الصيغة الأخيرة للدستور انظر عبد العزيز الجزيري ومصطفى الوصيف - دستور الجمهورية التونسية، المطابع الموحّدة، 2006

[48] م.إ.، تس.، 27 جوان1990، عدد 1887، رافع بن عاشور ومن معه / وزير التعليم العالي، أ.ك.، رقم 23، ص.371

مبهمة لم يسبق التعرض لها بنص تشريعي" وهو ما يجعل المنشور المذكور مخالفا للدستور[49].

52- ولكن حري بنا التساؤل حول شرعيّة القرارات الإداريّة التي تتّخذ تطبيقا لقاعدة تشريعيّة مخالفة للدستور، فهل يجوز للقاضي الإداري في هذه الحالة أن يتحوّل إلى " قاضي دستوري " ليتثبّت في العيب الذي تسرّب إلى العمل الإداري من القاعدة التشريعيّة ذاتها، منافسا بذلك المجلس الدستوري، أي الهيئة المكلّفة بصفة طبيعيّة بمراقبة دستوريّة القوانين[50] ؟

لا يمكن للقاضي الإداري القيام بذلك عملا بنظرية " **القانون الحاجب** " (*Théorie de la loi-écran*)[51]، وإلاّ سيؤول الأمر إلى الخوض في دستورية القواعد التشريعية التي تشكّل حاجبا بين العمل الإداري والدستور، غير أن هذه النظريّة لا تطبّق في صورة تعارض قاعدة تشريعيّة داخليّة مع معاهدة دوليّة[52].

53- ومن جهة أخرى فإن تطوّر عمل المجلس الدستوري بعد صدور القانون الدستوري المؤرّخ في غرّة نوفمبر 1988 الذي أصبحت بمقتضاه آراء المجلس ملزمة لكافة السّلطات العمومية (الفصل 75، فقرة أولى من الدستور)، والقانون الدستوري الصادر في غرّة جوان 2002 الذي صيّرها قابلة للنشر بالرائد الرسمي (الفصل 52، فقرة ثالثة من الدستور)، يؤدّي إلى " **دسترة** " القانون الإداري (*Constitutionnalisation du droit administratif*) وإلى احتمال ظهور تباين في الآراء بين موقف المجلس الدستوري وقضاء المحكمة الإداريّة.

[49] م.إ.، تس.، 9 ديسمبر 2006، عدد 1/10722، سعيدة عدالة / وزير التربية والتكوين، غير منشور

[50] حول المجلس الدستوري التونسي، انظر: الأزهر بوعوني- الأنظمة السياسية...، المرجع سابق الذكر، ص. 396 وما يتبع؛ فتحي عبد الناظر- المجلس الدستوري، م.ت.إ.ع.، عدد 33، 2002، ص.55 و ما يتبع

[51] انظر: CE, Section, 10 juillet 1954, *Féd. des conseils des parents d'élèves*, D.1955, H. p.330, concl. A. Jacomet, note M. Virally

[52] انظر: رقم 59

54- ولعلّ الرأي السلبي الذي أبداه المجلس[53] عند نظره في دستوريّة الصيغة الأوليّة للفصل 59 من مشروع القانون المنقّح للقانون الأساسي للقضاة[54] دليل واضح على احتمال حصول هذا التضارب في المواقف[55]، ورغما عن ذلك تبقى آراء المجلس ملزمة لكافة السلطات العموميّة بما فيها المحكمة الإداريّة.

ب - القانون

55 - يعدّ القانون أهمّ مصادر القانون الإداري، والقانون من حيث الشكل هو النصّ المصادق عليه من البرلمان أو عن طريق الاستفتاء، طبقا للقواعد الإجرائية المقرّرة في الدستور، والمختوم من قبل رئيس الدولة، ثم المنشور بالرائد الرسمي.

وتتّخذ القوانين أشكالا متنوّعة، منها ما يأخذ شكل معاهدة دولية، ومنها ما هو أساسي، ومنها ما هو مصادق عليه بالاستفتاء، ومنها ما هو عادي.

1) المعاهدات الدولية

56- تعد المعاهدات الدولية من أهم مصادر القانون الدولي، وتعتبر مصدرا من مصادر القانون الإداري بمجرّد إقحامها في النظام القانوني الداخلي[56]، وهو ما يتأكد من خلال الفقرة الأخيرة من الفصل 32 من الدستور المتعلّقة بالمعاهدات

[53] م.د.، الرأي عدد 01 -2005، الرائد الرسمي لسنة 2005، عدد 64، ص. 2206 و2207

[54] تضمن الفصل 59 من مشروع القانون المذكور في البداية أن مجلس التأديب ينظر في الملف التأديبي سريا ويكون قراره معللا " و"قابلا لدعوى الإلغاء أمام المحكمة الإداريّة" وقد رأى المجلس أن هذه الفقرة غير متلائمة مع الفصل 65 من الدستور وغير متطابقة مع فصله 67

[55] حول هذا التباين انظر رقم 373 أسفله

[56] انظر في هذا الشأن:

Rapport du Conseil d'Etat- La *norme internationale en droit français*, La Documentation française, 2000

et J. Dimassi, *Les traités au regard de l'article 32 de la constitution*, CPU, 2006.

فرحات الحرشاني- الدستور التونسي والمعاهدات بعد تعديل 1 جوان 2002، مجموعة أعمال مهداة إلى العميد عبد الفتاح عمر، مركز النشر الجامعي 2005، ص.15 وما يتبع

الهامة التي تخص حدود الدولة أو تعهداتها المالية أو التي تتضمن أحكاما ذات صبغة تشريعيّة تقتضي تدخل مجلس النواب :

" لا تعدّ المعاهدات نافذة المفعول إلا بعد المصادقة عليها وشريطة تطبيقها من الطرف الآخر، والمعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية والموافق عليها من قبل مجلس النواب أقوى نفوذا من القانون".

ويؤدي هذا النص إلى إحداث طبقة شرعية جديدة تخضع لها الأعمال القانونية للإدارة، تفوق القوانين الداخلية قيمة في سلّم القواعد القانونية، فهي " أقوى نفوذا منها".

وقد أكّدت المحكمة الإدارية هذا المبدأ عند نظرها في شرعية قرار إداري تمّ اتخاذه على أساس قانون 02 أفريل 1992 المنقّح لقانون الجمعيات، وانتهت في هذا القضاء المعروف بقضاء (الرابطة التونسية لحقوق الإنسان) إلى التصريح بمبدأ أفضلية المعاهدات الدولية في التطبيق حيث أعلنت " أن هذا المبدأ يخوّل للقاضي الموكول له وظيفة تطبيق القانون السّهر على احترام تلك الأفضلية"[57]

57- ولكن جدير بنا أن نتساءل عن فاعليّة هذا المبدأ، باعتبار أن الأصل في القانون الدولي العام هو أن قابليّة تطبيق القاعدة الدوليّة في القانون الداخلي والاحتجاج بمقتضياتها أمام المحاكم الوطنية يمثّل الاستثناء بالنسبة للمبدأ العام الذي يقتضي أن القواعد الدوليّة لا تولّد بذاتها حقوقا أو التزامات للأفراد، إلا إذا تضمّنت صراحة هذا الأثر، وهذه السمة التي ترتبط ارتباطا وثيقا بإرادة الدول وبمحتوى القاعدة الدوليّة ذاتها تعرف بشرط " **الأثر المباشر**" الذي يعود إلى القاضي المتعهّد – عدلي أو إداري – إقرارها.

58- على أن المعاهدات الدولية تعدّ بالآلاف، وكثيرا ما تتضمّن بعض التحفظات، إضافة إلى وجود معاهدات متتالية تتعلّق بنفس الموضوع ولكنها تتقاطع

[57] م.إ.، تس.، 21 ماي 1996، عدد3643، الرابطة التونسية لحقوق الإنسان / وزير الداخلية، أ.ك.، رقم 27 ، ص. 435 ؛ انظر أيضا: م.ق.ت.1997، ص. 200 وما يتبع، تعليق إبراهيم البرتاجي

في الأحكام، وفي بعض الأحيان إدخال بعض التعديلات على الاتفاقيات النافذة، وبالتالي فإنه يصعب على الأطراف المعنيّة وحتّى على القاضي الإداري الاطّلاع على محتوياتها وتحديد مدلولاتها، وذلك لعدم نشرها غالبا بالرائد الرسمي[58].

على هذا الأساس جرى عمل القضاء في البداية على الرجوع إلى وزارة الخارجية كلّما اقتضى الأمر الاطلاع على بنود المعاهدة[59] بوصفها السّلطة " المكلّفة بإعداد المفاوضات وتسييرها مع المصالح الإداريّة المختصّة وبإبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية وهي التي تقترح المصادقة عليها ونشرها **وتحرص على تفسيرها عند الحاجة** "[60]، فكان القاضي يرفض في البداية مبدأ التأويل، ويحيل المسألة إلى وزير الخارجية كلّما دعي من قبل الأطراف إلى تفسير بند من بنود المعاهدة.

59- غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد تخلّى عن هذا الموقف وأقرّ لنفسه هذا الاختصاص[61]، وهو ما حتّم عليه التثبت من مدى تلاؤم أو تعارض الأحكام التشريعيّة الداخليّة مع القاعدة الدوليّة المستند إليها، حتى وإن كانت هذه الأحكام لاحقة لها، على اعتبار أن المعاهدة تكون " أقوى نفوذا من القانون "، وهذا القضاء الذي يعرف بقضاء " **رقابة المعاهدتيّة** " (*contrôle de Conventionnalité*)[62] قد مثّل تقدّما بارزا في مراقبة أعمال الإدارة بحكم التوسّع الهائل في قواعد الشرعيّة الذي ينجرّ عنه، ويبدو أن المحكمة الإداريّة قد تبنت – ولو بشيء من الحذر – هذه الاتّجاه في قرار (المداني)، لمّا اعتبرت أن القاضي الإداري يكون مدعوّا عند نظره في شرعيّة الأعمال الإداريّة ذات الصلة بمجال تطبيق المعاهدة الدوليّة التي

[58] لم يقع نشر من سنة 1960 إلى حدود شهر مارس 2007 إلا عدد 303 معاهدة دوليّة من جملة 1285 مصادق عليها (المصدر: وزارة الخارجية)

[59] م.إ.، تس.، 6 مارس 1996، عدد 3411، علي الضاوي /الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، غير منشور

[60] طبقا للفصل 6 من الأمر عدد 1242 المؤرّخ في 20 أكتوبر 1984 المتعلّق بمشمولات وزارة الخارجيّة

[61] CE, Assemblée, 29 juin 1990, *GISTI*, GAJA, n°104

[62] CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, GAJA, n°98

يستند إليها أحد الخصوم" باستحضار تنصيصاتها والتثبّت من مدى احترام القانون الداخلي لمقتضياتها وترجيحها عند الاقتضاء" [63].

ويلاحظ أن المجلس الدستوري قد كان سباقا في إقرار هذا التوجه لما اعتبر في رأيه المتعلّق بدستوريّة الفصل الثامن من مشروع القانون المتعلّق بمراجعة قانون الملكية الأدبية والفنية لسنة 1992 **المتضمن جواز إدخال تغييرات على المصنف بموافقة المؤسسة التونسية المكلّفة بحماية حقوق المؤلفين** أن الفصل المذكور " غير مطابق لأحكام الدستور... والفصل 6 من اتفاقية بارن المصادق عليها من قبل الجمهوريّة التونسية الذي ينص أن **حقوق التأليف شخصية ويحجر كل تغيير أو تشويه للمصنفات** " [64].

2) القوانين الأساسية

60- تهدف القوانين الأساسية إلى إتمام أحكام الدستور، وتتّخذ من قبل السّلطة التشريعية حسب إجراءات خاصة، إذ لا يمكن أن تعرض على مداولات مجلس النواب " إلا بعد مضي 15 يوما على إيداع (ها) " (الفصل 28 من الدستور)، وتتمّ المصادقة عليها من طرف مجلس النواب و مجلس المستشارين بالأغلبية المطلقة خلافا للقوانين العادية التي يصادق عليها البرلمان بأغلبية الأعضاء الحاضرين دون أن تقلّ هذه الأغلبية عن ثلث أعضاء المجلس المعني. ويعود هذا الاختلاف إلى المكانة الخاصة التي يحتلها هذا الصنف من القوانين في

[63] م.إ.، اب.، تس.، 24 جوان 2005، السيدة المداني / وزير الصحّة العموميّة، غير منشور: رفض دعوى إلغاء قرار وزير الصحّة المتضمّن رفض قبول العارضة – الجزائرية الجنسيّة – في الوظيفة العموميّة التونسيّة المؤسّسة على عدم تلاؤم الفصل 17 من قانون الوظيفة العموميّة المتعلّق بشرط الجنسيّة مع المادة الخامسة من اتفاقيّة الإقامة لسنة 1963 المبرمة بين تونس والجزائر

[64] انظر في هذا الشأن: محمد رضا بن حماد- تأويل المجلس الدستوري للأحكام الدستورية، مجموعة دراسات مهداة إلى الفقيد محمد العربي هاشم، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس، ص.1164 و 1165

سلّم القواعد القانونية كما أكّد ذلك المجلس الدستوري عند نظره في مشروع القانون المنقّح والمتمّم للقانون عدد 64 لسنة 1991 المتعلّق بالمنافسة والأسعار [65].

ولهذه القوانين علاقة مباشرة بقواعد القانون الإداري بحكم أنها تعنى بالضمانات الأساسية لمنظوري الإدارة (الفصول 5 و6 و 8 و9 و10 و11 و12 و13 و14 من الدستور)، وبالقضاء الإداري والمالي (الفصل 69 من الدستور)، وبالجماعات المحلية (الفصل 71 من الدستور)، إلى غير ذلك من المبادئ والمؤسّسات ذات الصلة بالقانون الإداري.

3) القوانين المصادق عليها بالاستفتاء

61- يمثّل " الاستفتاء التشريعي " [66] طائفة جديدة من القوانين أقحم في النظام القانون التونسي بمقتضى القانون الدستوري المؤرخ في 8 أفريل 1976، وتدعّم بمقتضى القانون الدستوري المؤرخ في 27 أكتوبر1997 [67].

وتتميّز القوانين المصادق عليها بالاستفتاء بتشريك الشعب مباشرة في اتّخاذ قرارات ذات أهميّة خاصة، وتتفرّع إلى صنفين أساسيين:

62- صنف الفصل 2 فقرة ثانية من الدستور الذي يخوّل لرئيس الجمهوريّة عرض المعاهدات المبرمة لغرض وحدة المغرب العربي أو التي قد يترتّب عنها تحويرا للدستور على الاستفتاء بعد موافقة مجلس النواب، وهو من فئة الاستفتاءات التي لا تهم مباشرة القانون الإداري

– وصنف الفصل 47 الذي يخوّل لرئيس الجمهورية استفتاء الشعب مباشرة في مشاريع القوانين ذات الأهمية الوطنية أو في المسائل الهامة التي تتصل بالمصلحة العليا للبلاد دون أن تكون مخالفة للدستور، بعد عرضها مسبقا على الرأي الوجوبي للمجلس الدستوري

[65] محمد رضا بن حماد- ذات المرجع.، ص 1166

[66] يختلف هذا الصنف من الاستفتاء عن الاستفتاء الدستوري الذي أقرّه الفصل 77 من الدستور والذي يخوّل لرئيس الجمهورية أن يعرض على مجلس النواب مشاريع تهدف إلى تنقيح الدستور كما حصل ذلك بالنسبة للقانون الدستوري عدد 51 المؤرخ في 1 جوان 2002.

[67] انظر : الأزهر بوعوني- الأنظمة السياسية، المرجع سابق الذكر، ص. 154 وما يتبع

4) القوانين العادية

63- تعدّ القوانين العادية أكثر النصوص القانونية تداولا ورواجا، ولمّا كانت مهمّة الإدارة تتمثّل أساسا في السهر على تنفيذ القوانين فإن هذا المصدر يكتسي أهمية بالغة في النظم الديمقراطية باعتباره المرجع الأساسي الذي يخوّل التثبت من مدى تقيّد الإدارة بأحكام القانون.

64- مع الإشارة إلى أن القانون قد فقد مكانته الأوليّة إثر التنقيح الدستوري المؤرخ في 27 أكتوبر 1997 الذي حدّد مجاله (الفصل 34)، وحوّل الاختصاص الترتيبي إلى اختصاص مبدئي في كامل المواد الخارجة عن هذا المجال (الفصل 35)، وهو ما يمثّل تراجعا ملحوظا لمبدأ علوية القانون[68].

ج – المراسيم

65- تمثّل المراسيم خليطا ذا جنسين : جنس أول ينتمي إلى طائفة التراتيب بحكم أنه يصدر عن رئيس الدولة، وجنس ثان ينتمي إلى طائفة القوانين، بحكم أنه يحرز على الصبغة التشريعيّة إذا توفّرت فيها الشروط التي نصّ عليها الدستور[69].

و المراسيم نوعان:

1- المراسيم بالتفويض

66- أقرّ الفصل 28 من الدستور في فقرته الخامسة نوعا من التفويض المؤقت للسلطة، يخوّل لمجلس النواب ولمجلس المستشارين تفويض اختصاصهما لرئيس الدولة قصد اتّخاذ مراسيم، بشرط أن يكون ذلك لمدّة محدودة ولغرض معيّن، بهذه الطريقة بإمكان رئيس الدولة أن يتدخّل بصفة مؤقّتة في مجال القانون، ولكن عند انقضاء هذه المدّة يجب عليه عرض المرسوم على مصادقة البرلمان حتى تستقرّ قيمته القانونية.

68 حول هذه المسألة انظر رقم 352 من إلى 354

69 H. Ayadi- *les décrets-lois dans la constitution tunisienne du 1er juin, 1959* RTD, 1969-70, p. 99

Y. Ben Achour- *Contribution à l'étude théorique des décrets-lois*, RTD, 1972, p.171

2- المراسيم الصادرة أثناء العطلة البرلمانية

67- تتوقّف السّلطة التشريعية عن العمل طيلة العطلة البرلمانية السنوية التي تبدأ آخر شهر جويلية لتنتهي خلال شهر أكتوبر، كما في صورة حلّ البرلمان من طرف رئيس الدولة، وقد تطرأ خلال فترة العطلة العادية أو الاستثنائية مسائل تستوجب اتّخاذ إجراء تشريعي عاجل، فيكون ذلك في شكل مراسيم تتّخذ بعد موافقة اللجنة القارة المختصّة التابعة لمجلس النواب في صورة العطلة العادية (الفصل 31 من الدستور) ودون حاجة إلى هذه الموافقة في الحالة الاستثنائية (الفصل 63 من الدستور)، يقع عرضها فيما بعد على مصادقة البرلمان حتى تحرز على الصبغة التشريعية.

وتعتبر المراسيم الصادرة عن رئيس الدولة في جميع الحالات قرارات إدارية إلى حين المصادقة عليها من طرف البرلمان، حيث تحرز بعد ذلك على الصبغة التشريعية بأثر رجعي[70]، يسري من تاريخ صدورها، وهو ما يؤكّد صبغتها المزدوجة.

د- التراتيب

68- تمثّل التراتيب جملة القرارات العامة والمجرّدة الصادرة عن الإدارة، وتصنّف حسب ترتيب تفاضلي يعتمد معيار السّلطة المصدرة للقرار والإجراءات المتّبعة لإصداره.

وتحتلّ الأوامر الترتيبية التي يتّخذها رئيس الجمهورية على أساس الفصل 54 من الدستور أعلى مرتبة في سلّم القواعد الترتيبية[71]، تليها القرارات الترتيبية للوزراء، ثم قرارات بقيّة السّلطات الإدارية (الولاّة ورؤساء البلديات، الخ)

70 CE, 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, D. 1962, p. 424, note M. Fromont

71 راجع في هذا الشأن: الأوامر – أعمال ملتقى الجمعية التونسية للعلوم الإدارية ، م.ق.ت.، 1984

69- وتتّخذ التراتيب عادة لتنفيذ القوانين، ويجب أن تكون مطابقة لها، غير أنه قد أصبح بالإمكان اتّخاذ **أوامر ترتيبية مستقلّة** في المجالات الخارجة عن مجال القانون على أساس الفصل 35 جديد من الدستور.

70- ونشير في خاتمة هذا العرض أن ظاهرة التدوين والتقنين التي تميّز بقيّة فروع القانون تكاد تكون مفقودة في القانون الإداري، ويعود ذلك إلى حداثة هذا القانون الذي لم تبلغ قواعده الاستقرار الذي وصل إليه القانون المدني، وفي الحقيقة فإن هذه الظاهرة لا تعود إلى حداثة المادة فحسب، بل كذلك إلى طبيعة التشريعات الإدارية ذاتها، فمن أهداف عملية التدوين أن تضفي على موضوع التدوين ثباتا نسبيا، بحيث يصبح التعديل فيه أصعب بكثير من التعديل في تشريع منفرد، وهذا الثبات يتنافى مع الكثير من قواعد القانون الإداري، ومنها على وجه الخصوص القواعد الترتيبية التي تواجه -خلافا للقوانين - حالات متغيّرة ومتقلّبة، وهو ما يملي عليها مواكبة هذا التغيير، ويفقدها في المقابل الثبات اللازم للتدوين.

وبالرغم من هذا بدأت هذه المادة تشهد بعض المحاولات في هذا الاتّجاه نذكر من بينها مجلّة التهيئة الترابية والتعمير، ومجلّة الصفقات العمومية، إلى غير ذلك من المجلاّت ذات الصلة بالقانون الإداري.

الفقرة الثانية : المصادر التكميلية للقانون الإداري

71- تعتبر المبادئ العامة للقانون وفقه القضاء مصادر تكميلية للقانون الإداري تبدو ضرورية لتجاوز نقائص هذا القانون الحديث والمتشعّب.

أ- المبادئ العامة للقانون

72- إن إدراج المبادئ العامة للقانون ضمن مصادر القانون الإداري لم يكن محل إجماع لدى الفقهاء[72]، على أن قانون المحكمة الإدارية في تونس قد حسم

[72] انظر :
M. Waline- *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, Mél. G. Scelle, II, 613
et Y.Ben Achour- *Droit administratif*, op. cit, n° 574 et suiv.

هذه المسألة لما اقتضى في فصله الخامس أن دعوى تجاوز السلطة - وهي من أهمّ الدعاوى الإدارية - تهدف " إلى ضمان احترام المشروعية القانونية من طرف السّلط التنفيذية وذلك طبقا للقوانين والتراتيب الجاري بها العمل والمبادئ العامة للقانون ".

وتطرح هذه المبادئ الأسئلة التالية: ما معنى المبادئ العامة للقانون ؟ وما هو مصدرها ؟ وما هي قيمتها القانونية ؟

1- تعريف المبادئ العامة للقانون

73- لا يوجد تعريف قضائي للمبادئ العامة للقانون، على أنه يمكن القول بأنها تمثّل جملة القواعد غير المكتوبة التي يستنبطها القاضي الإداري من النصوص والمواثيق الكبرى و يضفي عليها الصبغة الإلزامية.

وتتجسّد هذه المبادئ في قواعد فقه قضائية تمثّل مصدرا أساسيّا من مصادر المشروعيّة، ويعود الفضل في بلورتها إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي جعل منها أداة فاعلة لضمان الحقوق والحريّات الفرديّة من جهة، وحماية مقتضيات العمل الإداري من جهة أخرى[73]، وقد أوجب المشرّع علىّ المحكمة الإداريّة اعتمادها، وهو ما فتح الباب أمام بروز فقه قضاء ثريّ أصبح يشكّل أهمّ مصادر المشروعيّة القانونيّة في تونس[74]، مع الإشارة إلى أن المجلس الدستوري أصبح ينافس المحكمة الإداريّة في هذا الدور ويسعى إلى تكريس الأسس الدستورية لهذه المبادئ[75]،

[73] انظر:
J.M. Maillot- *La théorie administrative des principes généraux du droit: continuité et modernité*, Dalloz, 2003

[74] حول هذه المسألة راجع،
H. Ben M'Rad- *la liberté du commerce et de l'industrie*, thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1998

[75] يعتبر المجلس في مجال العقوبات الإداريّة مثلا أن ضمانة حقوق الدفاع إنما هي ضمانة أساسية مستمدّة من الفصلين 7 و12 من الدستور، انظر: الرأي عدد 50-2005 بتاريخ 27 جويلية 2005 حول مشروع القانون المتعلق بالنظام الوطني لاعتماد هيئات تقييم المراقبة و الرأي عدد 13-2006 بتاريخ 3 أفريل 2006 حول مشروع القانون المتعلق بتبسيط الإجراءات في مجال التراخيص الإدارية الخاصة بالقطاع السياحي

ونظرا لتعدّد هذه المبادئ سنكتفي في الفقرات الموالية بترتيبها وبذكر أهمها على النحو التالي:

74- **المبادئ المتّصلة بالحريّات الفرديّة وبالحقوق الأساسيّة،** ومن بينها مبدأ المساواة أمام القانون بمختلف فروعه: مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة[76]، ومبدأ المساواة أمام المرافق العامة[77]، ومبدأ حرّية التجارة والصناعة[78].

75- **والمبادئ المتعلّقة بحسن سير القضاء وبحماية منظوري الإدارة،** ومن بينها مبدأ حقوق الدفاع[79]، ومبدأ عدم رجعيّة القرارات الإداريّة[80]، ومبدأ الثقة المشروعة[81]، ومبدأ جواز الطعن في القرارات الإداريّة حتى بدون نص[82].

76- **والمبادئ المتّصلة بمقتضيات العمل الإداري،** ومنها مبدأ استمراريّة المرافق العامة[83]، ومبدأ عدم المساس بالمنشآت العموميّة[84].

2- مصدر المبادئ العامة للقانون

77- تختلف آراء فقهاء القانون حول هذه المسالة، إذ هناك من يرى أن هذه المبادئ تنشأ بصفة عفويّة إثر الشعور الجماعي بصبغتها الإلزامية، لذلك فهي

حول هذا الموضوع انظر: محمد رضا بن حماد- تأويل المجلس الدستوري...، المرجع سابق الذكر، ص. 1159-1163

[76] م.إ.، اس.، 14 نوفمبر1994، عدد 1292، عبد اللطيف التركي/ م.ع.ن.د. في حق وزارة التجهيز والإسكان، أ.ك.، رقم 24، ص. 387

[77] م.إ.، تس.، 7جويلية 1982، عدد677، يونس الخولي ومن معه / وزير الشباب والرياضة، م.، ص. 98

[78] م.إ.، تس.، 15 فيفري 1982، عدد 451، الغرفة النقابيّة لشركات الإشهار، أ.ك.، رقم 16، ص. 257

[79] م.إ.تس.، 28 أكتوبر1985، عدد 982، أحمد الزايدي / وزير الدفاع الوطني، أ.ك.، رقم 19، ص.311

[80] م.إ.، تع.، 22 أفريل 1982، عدد 130، ورثة إدريس ومن معه / الإدارة العامة للأداءات، م.، ص. 52

[81] م.إ.، اب.، تس.، 29 مارس 2000، عدد 16891، ناظم الحمري / وزير الفلاحة، م. ص. 116

[82] م.إ.، تس.، 15 جويلية 1980، عدد 326، زبيدة بشير السوفي، أ.ك.، رقم 11، ص. 165

[83] م.إ.، تس.، 2 ماي 1990، عدد 1588، المنصف حمزة / وزير الصحة العموميّة، م.، ص. 344

[84] م.إ.، است.، 15 ماي 1998، عدد 21612، م.ع.ن.د. في حق وزارة المواصلات / محمد جراد، م.، ص. 332

تتعلّق بنوع من القانون العام العرفي الذي برز تاريخيا في بعض النصوص الكبرى، كميثاق حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، أو الميثاق العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، أو العهد الدولي للحقوق المدنيّة والسياسيّة لسنة 1968، أو في ديباجة بعض الدساتير الكبرى، وهناك من يرى أن مصدرها فقه قضائي بحت يعود أساسا إلى مجهود القاضي الإداري، وخاصة مجلس الدولة الفرنسي، الذي أقرّ بوجودها وأضفى عليها الصبغة القانونية، ويضيف هذا الجانب من الفقه أن نشأة هذه المبادئ يمثّل في حد ذاته برهانا ملموسا على قدرة القاضي الإداري على إنشاء القواعد القانونية[85].

78- ويمكن أن نقول من جهتنا أنه لا يوجد تناقض في الواقع بين الموقفين، وإنما مجرّد خلط بين المصادر الشكلية والمصادر المادية للقانون، فالأطروحة الأولى تعتمد المفهوم الشكلي للقانون، وتعتبر أن تدخّل القاضي ضروري لإضفاء الصبغة القانونية على هذه المبادئ، أما الأطروحة الثانية فهي تعتبر- انطلاقا من المفهوم المادي - أن هذه المبادئ لا يمكن أن ترى النور دون وجود حاجة في المجتمع تنتهي إلى الاعتراف بصبغتها الإلزامية.

ويتولّد عن هذا الخلط بين المصادر تناقضا في الظاهر، وإذا أردنا أن نتجاوز هذا الخلط يجب أن نقرّ بأن المبادئ العامة للقانون إنما هي تجسيم للظروف الاجتماعية والاقتصادية لمجتمع ما في وقت ما ونتيجة مباشرة لهذه الظروف، غير أنه لا يمكن لها الارتقاء إلى الحياة القانونية إلاّ بعد أن تتم بلورتها من طرف القاضي الإداري، فلا يمكن القول بعد هذا إن القاضي ينشأ القانون ضرورة أن دوره يقتصر فقط على معاينة وجود القاعدة القانونية وتطبيقها على العمل الإداري.

3- القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون

79- يؤدّي الجدل حول القيمة القانونية لهذه المبادئ إلى طرح الأسئلة التالية : هل أن لهذه المبادئ القوّة الإلزامية ؟ وما هي مكانتها في سلّم القواعد القانونية ؟

---

[85] انظر :
T. Roche- *Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence*, AJDA, 1962, 532

فيما يتعلّق بالسؤال الأول سبق أن ذكرنا أن الأمر محسوم في تونس بفضل الفصل الخامس من قانون المحكمة الإدارية الذي أدرج المبادئ العامة للقانون بدون التباس ضمن مصادر المشروعية القانونية التي تخضع لها القرارات الإداري.

80- أما بخصوص السؤال الثاني فالإجابة تبدو أكثر عسر، ذلك أنه لئن كان **المصدر الدستوري لبعض المبادئ العامة** ثابت، لا غبار عليه، ومكرّس في آراء المجلس الدستوري[86]، فإن مكانة المبادئ الأخرى في سلّم القواعد القانونية تبقى محلّ جدل فقهي، ويرى الأستاذ (*Chapus*) في هذا الشأن :

81- أن هذه المبادئ لها رتبة " **تحت تشريعية**" (*Infra-législative*) إذ لا تعارض بها القوانين التي يمكن لها أن تتجاهلها.

82- أن هذه المبادئ لها رتبة " **فوق ترتيبية** " (*Supra-décrétale*) إذ أنها تحتلّ مكانة تعلو التراتيب قيمة في سلّم القواعد القانونيّة، بحيث تكون السّلطة الإدارية ملزمة بمراعاتها عند قيامها بأعمالها[87].

ب- فقه القضاء

83- يتمثّل دور القاضي في فصل النزاعات المعروضة عليه ولا يمكن له الامتناع عن القضاء وإلا ارتكب جريمة نكران العدالة المقرّرة بالفصل 108 من المجلة الجنائية، حتى في صورة "سكوت أو غموض النص"، إذ عليه في هذه الصورة أن يتولى تأويل النص الغامض واستنباط الحلول والقواعد التي من شأنها أن تساعده على الفصل في القضية، فيكون بذلك القضاء مصدرا مكمّلا للقانون.

[86] ومثال ذلك مبدأ حقوق الدفاع، انظر في هذا الشأن: محمد رضا بن حماد- تأويل المجلس الدستوري...، المرجع سابق الذكر، ص. 1159-1163

[87] R. Chapus- *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, D. 1966, Chron., 99

والقضاء الإداري في أداء مهمّته كالقاضي العادي، إلا أن دوره يكون أبعد مدى نظرا لخصوصية المادة التي تتميّز بغياب أو بنقص التشريع وبتشعّب القواعد القانونية وعدم استقرارها، فهو في بحثه عن القواعد الملائمة كثيرا ما يجد نفسه مضطرّا إلى صياغة مبادئ جديدة، لذا كثيرا ما نسمع الحديث عن المصدر القضائي للقانون الإداري، وهذا الحديث ليس مقصورا على فرنسا أين يلعب مجلس الدولة دورا بالغ الأهمية في بلورة قواعد القانون الإداري وإنما يمتدّ أيضا إلى كافة الأنظمة التي سارت على منوال القانون الإداري الفرنسي.

84- ولئن كان دور القاضي الإداري في تونس لا يضاهي دور نظيره في فرنسا فإن ذلك لا يجب أن يقلّل من أهميته[88] ويكفي الرجوع إلى ما صدر عن المحكمة الإداريّة من قضاء منذ إحداثها سنة 1972 للتأكّد من ذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الدور قد أصبح موكولا للهيئات القضائية التالية بعد الإصلاحات الأخيرة للقضاء الإداري :

- الدوائر الابتدائية بالمحكمة الإدارية المختّصة بالنظر في دعوى تجاوز السّلطة التي ترفع لإلغاء المقرّرات الصادرة في المادة الإدارية وفي الدعاوى المتعلّقة بالعقود والمسؤولية الإدارية وبصفة عامة في جميع الدعاوى ذات الصبغة الإدارية باستثناء ما أسند منها لمحاكم أخرى بقانون خاص

- الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الإدارية المختصّة بالنظر ابتدائيا في دعاوى تجاوز السلطة الموجهة ضد الأوامر ذات الصبغة الترتيبيّة[89] وفي استئناف الأحكام

[88] كما ذهب إلى ذلك الأستاذ عياض ابن عاشور: *Droit administratif*, op. cit , n° 45.

[89] بمقتضى القانون الأساسي عدد 11 المؤرخ في 4 فيفري 2002 المنقّح لقانون المحكمة الإداريّة الذي فتح الباب أمام الطعن بتجاوز السلطة في الأوامر ذات الصبغة الترتيبيّة التي كانت فيما قبل محصنّة من كلّ رقابة مباشرة بمقتضى الفقرة الأخيرة من الفصل الثالث قديم من قانون المحكمة الإداريّة

الصادرة عن الدوائر الابتدائية وفي استئناف القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة[90] وفي استئناف الأذون والأحكام الاستعجالية الصادرة في المادة الإدارية

– الدوائر التعقيبية بالمحكمة الإدارية المختصّة بالنظر تعقيبيا في الطعون الموجّهة ضد الأحكام النهائية المشار إليها بقانون هذه المحكمة[91]

– الجلسة العامة القضائية المختصّة بالنظر استئنافيا في الطعون الموجّهة ضد الأحكام الصادرة عن الدوائر الابتدائية في مادة تجاوز السلطة التي تقتضي توحيد الآراء القانونية بين مختلف الدوائر الاستئنافية وفي الأحكام الصادرة عن الدوائر الاستئنافية في مادة تجاوز السلطة.

ونضيف بخصوص هذا التنظيم الملحوظتين التاليتين :

– الأولى تتمثّل في وجود محاكم إدارية دنيا – عدلية أو خاصة – تمارس اختصاصات متنوّعة في مختلف المواد الإدارية بمقتضى نصوص خاصة (جبائي، مهني، انتخابي،... الخ)، وتعود بالنظر استئنافيا أو تعقيبيا إلى المحكمة الإدارية.

– والثانية تتمثّل في وجود مجلسا لتنازع الاختصاص أقرّ– رغم حداثة عهده– مبادئ ساهمت في تحديد المفاهيم الأساسيّة للقانون الإداري وفي التقليص من حالات تنازع الاختصاص بين جهازي القضاء العدلي والإداري[92].

---

[90] تم إقرار هذا الاختصاص الجديد بمقتضى القانون الأساسي عدد 70 لسنة 2003 المؤرخ في 11 نوفمبر 2003 المنقّح و المتمّم لقانون المحكمة الإداريّة

[91] المحدثة بمقتضى القانون الأساسي عدد 79 المؤرخ في 24 جويلية2001 المنقّح والمتمّم لقانون المحكمة الإدارية

[92] حول هذه المحكمة انظر: غازي الغرايري– مجلس تنازع الاختصاص، ملتقى إصلاح القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 66 وما يتبع

M. Filali- *Les conflits de compétence et leur résolution dans les pays du Maghreb*, in " *La justice administrative dans les pays du Maghreb*", Actes du Colloque organisé par l'ATDA et l'URDAS les 3, 4 et 5 novembre 2006 (à paraître)

وحول إعادة هيكلة المنازعات الإدارية راجع :
غازي الجريبي– القانون عدد39 المؤرخ في 3-06-1996، مبرراته وإضافاته، ملتقى إصـــلاح القضاء الإداري سالف الذكر، ص. 40 وما يتبع.

ويحسن بنا في خاتمة هذا العرض أن نضيف أن الفقه – أي مجموعة الأفكار والآراء التي تصدر عن المؤلّفين للتعليق على مختلف قواعد وحلول القانون الإداري – إن لم يكن مصدرا مباشرا لهذا القانون، فإنه قد ساهم ولا يزال في بروز أحكامه وتطوّرها، ويكفي الرجوع للمراحل الأولى لتكوين هذه المادة حتى نتبيّن الدور الكبير الذي لعبه الفقهاء في هذا المجال[93].

الفرع الرابع: الخطّة والمراجع العامة

85– المخطّط :

لا يوجد في مادة القانون الإداري مخطّط مثالي للبحث، فأيّا كانت الخطّة المعتمدة لا مفرّ من تقديم بعض المفاهيم و العودة إليها بأكثر تفصيل، وهو ما يفسّر الإحالات المتكرّرة بين مختلف محاور هذا الكتاب.

لذا سنتناول دراسة التنظيم الإداري من الوجهتين النظرية والتطبيقية (**الجزء الأول**) قبل البحث في الأعمال القانونية للإدارة (**الجزء الثاني**) و في أوجه النشاط الإداري (**الجزء الثالث**) لننتهي بضبط حدود العمل الإداري (**الجزء الرابع**).

86– المراجع العامة :

تحوي المراجع العامة أهم المؤلّفات العامة والمتخصّصة الصادرة باللغتين العربية والفرنسية والتي تهمّ القانون الإداري، كما تتضمّن المجلاّت القانونية والدوريات والحوليّات التي تمثّل الآليات الأساسية لكل باحث مهتمّ بهذه المادة.

وسنتولى الإحالة إلى الهوامش فيما يتعلّق بالمراجع الخاصة المشار إليها بهذا المؤلّف.

---

[93] راجع في هذا الشأن :
J. Rivero- *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, EDCE, n° 9, p.27

I– مـــراجـــع القـــانون الإداري التـــونســـي

أ – باللغة العربية

المؤلفات العامة والمتخصّصة

عياض ابن عاشور: *القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية في تونس*، مركز النشر الجامعي، الطبعة الثالثة، تونس 2006.

محمد رضا بن حماد: *المبادئ الأساسية للقانون الدستوري والأنظمة السياسية*، مركز النشر الجامعي، 2006.

الأزهر بوعوني: *الأنظمة السياسية والنظام السياسي التونسي*، مركز النشر الجامعي، 2002.

توفيق بوعشبة: *مبادئ القانون الإداري التونسي*، مركز البحوث والدراسات الإدارية، المدرسة القومية للإدارة، الطبعة الثانية، تونس1995.

الحبيب جاء بالله: *الضبط الإداري*، مركز البحوث والدراسات الإدارية، المدرسة القومية للإدارة، تونس 2001.

عبد العزيز الجزيري ومصطفى الوصيف: *دستور الجمهورية التونسية*، المطابع الموحدة، 2006.

البشير التكاري : *مدخل إلى القانون الإداري*، مركز البحوث والدراسات والنشر، المدرسة القومية للإدارة، الطبعة الثانية، تونس 2000.

الصادق شعبان: *النظام السياسي التونسي*، الدار العربية للكتاب، 2006

عبد الفتاح عمر: *الوجيز في القانون الدستوري*، مركز الدراسات والبحوث والنشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، تونس 1987.

صلاح الدين الشريف وماهر كمون: *قانون الوظيفة العمومية*، مركز الدراسات والبحوث الإدارية، المدرسة القومية للإدارة، تونس، 1994.

محمد الشرفي وعلي المزغني: *مدخل لدراسة القانون*، المركز القومي البيداغوجي، تونس 1993.

محمد كمال شرف الدين : *قانون مدني*، المطبعة الرسمية، 2002

زهير مظفر : *القانون الدستوري والمؤسسات السياسية*، مركز البحوث والدراسات، المدرسة القومية للإدارة، تونس، 1992.

ب– المجلاّت القانونية

المجلّة القانونية التونسية: مركز الدراسات والبحوث والنشر ثم مركز النشر الجامعي. تصدر باللغة الفرنسية منذ سنة 1953، وتتضمّن جزءا باللغة العربية، ابتداء من سنة 1980.

مجلّة في خدمتك: المجلّة التونسية للمرفق العام، من سنة 1967 إلى سنة 1989، وقد أصبحت تعرف منذ سنة 1990 بالمجلّة التونسية للإدارة العمومية، و هي تحوي دراسات وحوليات باللّغتين العربية والفرنسية.

الأحداث القانونية التونسية: كلّية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، منذ سنة 1990، وتحوي دراسات وحوليات باللغتين العربية و الفرنسية.

دراسات قانونية : كلية الحقوق بصفاقس، منذ سنة 1991، وتحوي دراسات وحوليات باللّغتين العربية و الفرنسية.

القضاء والتشريع: وزارة العدل، منذ سنة 1959.

ج – نصوص ووثائق ودوريات و حوليات:

الرائد الرسمي: منذ سنة 1883.

محمد رضا جنيح، أحمد سهيل الراعي، المنتصر الوردي، فاضل مكور، سهام بوعجيلة بن سعد: *الأحكام الكبرى في فقه القضاء الإداري*، مركز النشر الجامعي، 2007

عبد الفتاح عمر وقيس سعيد: *نصوص ووثائق سياسية تونسية*، مركز الدراسات والبحوث والنشر، كلية الحقوق بتونس، 1987.

صالح بوسطعة : *القانون الأساسي للبلديات والنصوص التطبيقية*، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، 2000.

مجموع النصوص المتعلّقة بالنظام السياسي والحرّيات العامة، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، الطبعة الرابعة، 1995.

النصوص المتعلّقة بالنزاع الإداري، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 1999.

محمد الحبيب الشريف: *دستور الجمهورية التونسية*، دار الميزان للنشر، سوسة، تونس، 2002.

مجموعة قرارات المحكمة الإدارية، من سنة 1975 إلى سنة 1978، المطبعة الرسمية، من سنة 1979 إلى سنة 1981 الشركة التونسية للتوزيع.

مجموعة قرارات مجلس تنازع الاختصاص، معهد الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، 2001.

قرارات وفقه المحكمة الإدارية، من سنة 1982 إلى سنة 1997 (في 7 أجزاء)، مركز البحوث والدراسات الإدارية، المدرسة القومية للإدارة، تونس.

مجموعة النصوص المتعلقة بالإصلاح الإداري، الوزارة الأولى، منشورات المطبعة الرسمية.

نشرية محكمة التعقيب: وزارة العدل

4- ملتقيات وندوات علمية

الأوامر – أعمال ملتقى نظمته الجمعية التونسية للعلوم الإدارية سنة 1983، منشور بالمجلة القانونية التونسية لسنة 1984

إصلاح القضاء الإداري – أعمال ملتقى نظمته كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس سنة 1996، مركز النشر الجامعي، تونس 1997

القضاء الإداري – أعمال ملتقى 6–7 ديسمبر 1996، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد 6، تونس 1998

حول تطوّر فقه قضاء المحكمة الإدارية بعد تنقيح جوان 1996 : أعمال ملتقى نظمته الجمعية التونسية للعلوم الإدارية في شهر أفريل 2001، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 2001

التطوّر المتباين للقضاء الإداري – أعمال ملتقى نظمته كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس في شهر مارس 2003، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية ، تونس 2006

المسؤولية الإدارية اليوم – أعمال ملتقى نظمته كلية الحقوق بصفاقس في شهر أفريل 2006، دراسات قانونية، عدد خاص، 2006

النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المغاربية– الأيام المغاربية الثالثة للقانون الإداري، 9 و10 مارس 2007، ملتقى نظّمته كلية الحقوق بصفاقس في 9 و10 مارس 2007

ب- باللغة الفرنسية:

المؤلّفات القديمة ذات الأهميّة التاريخية (Ouvrages anciens)

R. Chapus : *Le contrôle et le contentieux de l'administration en Tunisie*, E.N.A., Tunis 1968

V. Silvera : *L'organisation politique et administrative de la Tunisie, polycopié*, E.N.A., Tunis 1954.

R. Soulmagnon : *Principes de contentieux administratif tunisien*, Tunis, 1934.

S. de Pougnadoresse : *La justice française de Tunisie*, Paris, Larose, 189.

(Ouvrages récents) **المؤلفات المتعلّقة بالقانون الإداري بعد الاستقلال**

A. Aouij-M'rad : *Droit des services publics*, CERP, ENA,, Tunis, 1998.

A. Aouij-M'rad : *Précis de droit de l'urbanisme*, CERP, ENA, Tunis, 2002.

H. Ben Salah : *L'organisation administrative de la Tunisie*, CERP, ENA, Tunis, 1993

Y. Ben Achour : *Droit administratif*, 2ème édit., C.P.U, 2000

J. Dimassi : *Le traité au regard de l'article 32 de la constitution tunisienne*, CPU, 2006

M. Durupty : *Institutions administratives et droit administratif tunisien*, CNRS, Paris, 1973.

S. Cherif et M. Kammoun : *Les entreprises publiques en Tunisie*, CREA, E.N.A, Tunis, 1994

S. Cherif et M. Kammoun : *La fonction publique tunisienne*, Précis de droit, CERP, ENA, Tunis, 1991.

M. Mabrouk : *Traité de droit administratif tunisien*, Dar Essabah, Tunis, 1974.

S. Mellouli : *Droit civil*, IOR T, Tunis, 2000.

A.Mestre : *Les services publics de l'administration tunisienne*, CERP, ENA, Tunis, 1977.

Collectif.: *Le droit administratif tunisien*, CERP, ENA,, Tunis, 1975.

Collectif.: *L'organisation de l'administration tunisienne*, CERP, ENA, Tunis, 1972, 1981, 2 vol.

Collectif.: *Administration régionale et locale de la Tunisie*, CERP, ENA, Tunis 1980

Colloque : *Le centenaire du décret beylical du 27 novembre 1888 et le contentieux administratif*, C.E.R.P, Tunis, 1988

Collectif (sous la direction de S. Belaïd) : *L'oeuvre jurisprudentielle du Tribunal administratif*, CERP, ENA, Tunis, 1990

Collectif (sous la direction de H. Ben Salah et J. P. Théron) : *Administration et changement*, Presses de l'IEP de Toulouse 1991

Collectif (sous la direction de H. Ben Salah et G. Marcou) : *Décentralisation et démocratie en Tunisie*, IORT et l'Harmattan, 1998

Collectif (sous la direction de H. Ben Salah) : *La propriété publique*, Actes du Colloque des 28 et 1 mars 2003, Association tunisienne de droit administratif, Edit. SAS, Tunis 2004

Collectif : *les nouveautés du droit des marchés publics*, Actes de la journée d'étude organisée le 03 avril 2003, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Edit. SAS, Tunis 2004

Collectif : *le droit du sport*, Actes du Colloque organisé en 2004 par la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, doc. ronéoté.

Collectif (D. Jazi, R Ben Achour et S. Laghmani) : *Les droits de l'homme par les textes*, CPU, 2004

Collectif : Déconcentration et décentralisation, Actes du Colloque des 24, 25 et 26 juin 2004, Centre de formation et d'appui à la décentralisation, Tunis, Edit. SAS, Tunis 2005

Collectif (sous la direction de B. Bertégi) : *La sanction: anciennes solutions et nouvelles tendances*, Actes du Colloque des 28 et 1 mars 2003, Faculté des sciences juridiques et politiques et sociales de Tunis, Edit. SAS, Tunis 2005

Collectif (sous la direction de M. R. Jenayah) : *les servitudes administratives*, Actes du Colloque des 16 et 17 février 2005, Unité de Recherche de la Faculté de droit et des

sciences économiques et politiques de Sousse, Edit. SAS, Tunis 2005.

Collectif (sous la direction de M. Ben Letaief) : *les TIC et la qualité des prestations administratives*, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Edit. SAS, Tunis 2005.

Collectif (sous la direction de B. Bertégi) : *l'évolution contrastée du contentieux administratif*, Actes du Colloque des 05 et 06 mars 2004, Faculté des sciences juridiques et politiques et sociales de Tunis, Edit. SAS, Tunis 2006.

Collectif (sous la direction de H. Ben Salah et A. Aouij-M'rad) : *les entreprises publiques*, Actes du Colloque des 11 et 12 mars 2005, Association tunisienne de droit administratif, 2006 Edit. SAS, Tunis

Collectif (sous la direction de A. Aouij-M'rad) : *la responsabilité médicale*, Actes du Colloque des 28 et 1 mars 2006, Association tunisienne de droit de la santé et CPU, 2006

Collectif (sous la direction de H. Ben Salah et M. R. Jenayah) : *la justice administrative au Maghreb*, Actes du Colloque organisé par l'Association tunisienne de droit administratif et l'Unité de recherche en droit administratif de la Faculté de droit de Sousse les 3, 4 et 5 novembre 2006 (à paraître)

Collectif : *l'évolution contrastée du contentieux administratif*, Journée d'études organisée par la Faculté des sciences juridiques et politiques et sociales de Tunis le 06 mars 2007, Edit. SAS, Tunis 2007

Collectif : *Les mutations de l'action publique au Maghreb*, Les 2ème Journée d'études maghrébines organisée par la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis les 15 et 16 mars 2007, non publié

– الأطروحات :(Thèses)

A. Aouij M'Rad : *Le service public de la santé*, Thèse, Faculté de droit de Tunis, 1990

H. Ayadi : *Les entreprises publiques et les offices en Tunisie*, Paris, 1967

N. Baccouche : *Répression pénale et disciplinaire dans la fonction publique*, thèse, CREA, ENA, Tunis, 1990.

N. Belaïd : *Autonomie locale et mutations récentes dans les finances municipales*, Thèse, CERP, ENA, Tunis 1999

M. Beltaïef : M. Beltaïef - *L'Etat et les entreprises publiques en Tunisie: Réflexions sur le contrôle*, L'Harmattan, 1999

S. Ben Achour : *Aux sources de droit moderne tunisien, la législation tunisienne en période coloniale*, Thèse, Faculté des sciences juridiques, Tunis, 1995

M.S. Ben Aïssa : *Les expériences tunisiennes et algérienne de planification*, Thèse, Faculté de droit de Tunis, 1982

M.R. Ben Hammed : *Le pouvoir exécutif au Maghreb*, Thèse, Faculté de droit de Tunis, 1983

K. Ben Messaoud : *Le désengagement de l'Etat des entreprises publiques et des entreprises à participations publiques*, thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001

H. Ben M'rad : *La liberté du commerce et de l'industrie*, thèse, Faculté de droit de Tunis, 1998

H. Ben Salah : *La justice administrative au Maghreb*, thèse, Faculté de droit de Tunis, 1979

B. Bertégi : *Organisation des contentieux et bonne administration de la justice*, thèse, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2000

S. Besbes : *Le principe de légalité de l'impôt*, thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2005

M. Chaker : *Administration publique et développement économique*, thèse, Paris, 1975

L. Chikhaoui : *L'environnement et sa protection par le droit*, CREA, ENA, Tunis, 1998.

S. Dabbou : *Les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir en France et en Tunisie*, thèse, Paris 1, 1998.

Kh. Fendri : *Procédure administrative contentieuse et procédure civile et commerciale*, thèse, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2005.

W. Ferchichi : *Le service public de l'environnement*, thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001.

M. Filali : *Les relations entre le parti unique et l'administration dans les Etats d'Afrique francophone*, thèse, Tunis, 1979

M.Hamdane : *Le régime du cinéma au Maghreb*, Thèse, Paris II, 1976

D. Jazi : *Les rapports entre l'Etat et le citoyen dans la Tunisie indépendante : le problème des libertés publiques*, Thèse, Paris II, 1982

M.R. Jenayah : *Budget et Plan : Recherches sur les instruments budgétaires d'exécution du plan (une approche de droit économique)*, thèse, Faculté de droit de Tunis, 1982

Z. M'dhaffar : *Le pouvoir législatif au Maghreb*, CERP.Tunis, ENA, 1987

B. Mansouri : *Le mimétisme institutionnel dans un pays en voie de développement*, thèse, Nice Sophia-Antipolis, 1994

M. Moalla : *L'Etat tunisien et l'Indépendance*, thèse, Paris, 1957, Ed. C.E.R.E.S- production, Tunis, 1993

M. L. F. Moussa : *L'Etat et l'agriculture en Tunisie*, CERP, ENA, Tunis, 1998

I. Saouli : *Ordre public et liberté : Recherche sur la police administrative en Tunisie*, Thèse, Faculté des sciences juridiques de Tunis, 1998

M. Sayari : *Les servitudes administratives*, thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2005

L. Tarchouna : *Déconcentration et décentralisation en Tunisie*, thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2005

B. Tekari : *Le cadre juridique de l'aménagement urbain en Tunisie : essai sur le rôle du droit en matière d'urbanisme*, Faculté de droit de Tunis, 1983

– مجموعة دراسات فقهية أو منوّعات (Mélanges):

تتمثّل " المنوّعة" في كتاب يحوي مجموعة دراسات فقهية ذات موضوعات مختلفة، يصدر تخليدا لذكرى أستاذ من أساتذة القانون أو مؤسّسة من المؤسسات.

-*Mélanges A. Ben Salem* : numéro spécial, R.T.D., 1979, II.

-*Mélanges H. M'zioudet* : Faculté de droit et des Sciences politiques, Tunis, 1994

-*Mélanges H. Ayadi* : CPU, Tunis, 2000

- *Mélanges S. Belaid* : CPU, Tunis, 2004

- *Mélanges S. Ben Halima* : CPU, Tunis, 2005

- *Mélanges A. Amor* : CPU, Tunis, 2005

- *Mélanges M.A. Hachem* : CPU, Tunis, 2006

– المجلات والدوريات : (Revues et périodiques)

تحوي المجلات القانونية التونسية التي سبق ذكرها في المراجع باللغة العربية وخاصة منها المجلة القانونية التونسية دراسات وحوليات وتعاليق باللغة الفرنسية يتعيّن الرجوع إليها لفهم تطوّر القانون الإداري التونسي.

وإلى جانب هذه العناوين، يمكن الرجوع إلى المصادر التالية، ذات الأهمية التاريخية:

- *Journal des tribunaux de Tunisie*, publié de 1897 à 1938.

- La *Tunisie Judiciaire*, publiée de 1945 à 1954

- *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, publiée de 1913 à 1961

- *Jurisprudence administrative tunisienne* : I. Tribunal des conflits et conseil d'Etat 1976 ; II – Tribunaux judiciaires 1983, M. S. Senoussi , E.N.A, Tunis

II – مراجع القانون الإداري المقارن :

لا يمكن فهم القانون الإداري التونسي دون الرجوع إلى القانون الإداري الفرنسي الذي يمثّل مصدر الاقتباس الأساسي. لذا يكون من الضروري الرجوع بدرجة أولى إلى هذا القانون لما يوفّره من إثراء لهذه المادة.

– القانون الإداري الفرنسي :

1 – المؤلّفات العامة : (Traités et manuels de base)

- المؤلّفات القديمة غير المحيّنة والتي تبقى لها أهمية كبرى من الناحية العلمية.

E. Laferrière : *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol. , 2ème édition, Paris, 1896.

L. Duguit : *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol, 1921, 1928.

ويتضمن هذا الكتاب فقرات عريضة مخصّصة للقانون الإداري.

M. Hauriou : *Précis élémentaire de droit administratif et de droit public*, 12ème édition, 1933, rééditée par Dalloz en 2004 .

G. Jèze : *Les principes généraux du droit administratif*, 6 vol., 1925-1936, rééditée par Dalloz en 2 tomes, 2003.

R. Bonnard : *Précis de droit administratif*, 11ème édition, 1943.

L. Rolland : *Précis de droit administratif*, 11ème édition, 1957.

F.P. Benoît : *Le droit administratif français*, D, 1968

– المؤلّفات الحديثة:

R. Chapus : *Droit administratif général*, Montchrestien,T-1 15ème édition, 2001

G. Baibant et B. Stirn : *Droit administratif français*, Dalloz et Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2005

P. Delvolvé : *Le droit administratif*, Dalloz, Collect. Connaissance du droit, 2ème édition, 1998

G. Dupuis, M.J. Guédon et P. Chrestien : *Droit administratif*, A. Colin, 2007

A. Demichel : *Le droit administratif : essai de réflexion théorique*, LGD.J, 1978.

A. de Laubadère, (J.C. Venezia, Y. Gaudemet) : *Droit administratif*, LGDJ, 17ème édit., 2002.

C. Eisenmann : *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983.

J. Moran-Deviller : *Cours de droit administratif*, Montchrestien, 10ème édition, 2007.

G. Vedel et P. Delvolvé : *Droit administratif*, 2 tomes, PUF (collect. Thémis), 12ème édition, 1992.

J. Rivero et J. Waline: *Droit administratif*, Dalloz, (collection Précis Dalloz) 18ème édition, 2000

P. Weil et D. Pouyaud- *Le droit administratif*, PUF (collection, Que sais-je ?) 2004

2) الأطروحات والمنوعات (Thèses et Mélanges):

تصدر La bibliothèque de droit public التابعة لنشريات LGDJ أهم أطروحات القانون الإداري الفرنسي منذ سنة 1956.

أمّا المنوّعات فنكتفي بذكر أهمّها بالنسبة للقانون الإداري وهي التالية:

- *Livre jubilaire du conseil d'Etat français*, 150ème anniversaire, Sirey 1952.

- *Mélanges A. Mestre : l'évolution du droit public*, Sirey, 1956.

- *Mélanges M. Stassinopoulos LGDJ, 1974*

- *Mélanges M. Waline : le juge et le droit public*, LGDJ,1974

- Mélanges *Ch. Eisenmann* : Cujas, 1975

- *Pages de doctrine par les professeurs de Laubadère, Mathiot, et Vedel*, LGDJ, 2 Tomes, 1980

- *Mélanges P.M.Gaudemet* : Economica, 1984

- *Mélanges J.Boulouis : l'Europe et le droit*, Dalloz, 1991

- *Mélanges J.M. Auby* : Dalloz, 1992

- *Mélanges R. Chapus*, Droit administratif, Montchrestien, 1992

- *Mélanges G. Braibant* : Dalloz, 1996

- *Mélanges R. Drago* : Dalloz, 1996

- *Mélanges D. Labetoulle*: 2007

3) الدوريات: (Répertoires)

وتتمثل أهمّها في :

Le répertoire de droit public et administratif (2 vol) dans le cadre de l'encyclopédie juridique Dalloz, *le répertoire Dalloz de contentieux administratif*, sous la direction de MM. Gazier et Drago, *le jurisclasseur de droit administratif* (10 vol).

4) المجلاّت : (Revues et périodiques)

نذكر على وجه الخصوص :

- *L'Actualité juridique (droit administratif) (AJDA)*
- *Droit administratif (DA)*
- *Etudes et Documents du conseil d'Etat*
- *Jurisclasseur périodique (semaine juridique)*
- *Recueil Dalloz- Sirey*
- *Revue française du droit administratif (RFDA)*

- *Revue du droit public et de la science politique (RDP)*

5) فقه القضاء :

نكتفي بذكر المصادر التالية : - *Recueil Lebon*

ويحوي القرارات الصادرة عن مجلس الدولة ومحكمة التنازع والقرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الإداريّة والمحاكم الإداريّة

- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (Long, Weil, Braibant, Delvolve et Genevois, D, 16ème édition, 2007).

ويتضمن جمعا وتعليقا على القرارات المبدئية الصادرة في المادة الإدارية.

- *Le recueil des décisions du conseil constitutionnel*

يصدر سنويّا ويكون من المفيد الرجوع إلى بعض قراراته لما لها من ارتباط بالقانون الإداري.

ب-القوانين الإدارية الأخرى:

- المؤلفات التي تتضمن دراسات مقارنة:

J. Rivero : *Droit administratif français et droits administratifs étrangers*, Livre du Centenaire de la Société de législation comparée, 1969, p. 199.

H. Puget : *Les institutions administratives étrangères*, Dalloz, 1969.

M. Fromont : *Grands systèmes de droit étrangers*, Dalloz (Mémentos), 2ème édition 1994.

2- القانون الإداري الجزائري :

A. Mahiou : *Cours d'institutions administratives, Office des Publications universitaires*, Alger, 1979.

أحمد محيو : *المنازعات الإدارية*، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

3- القانون الإداري المغربي:

D. Renard- Payen : *l'expérience marocaine d'unité de juridiction et de dualité des contentieux*, LGDJ, Paris, 1964.

M. Rousset et J. Garagnon : *Droit administratif marocain*, Imp. Royale, 4ème édition, Rabat, 1984.

4- القانون الإداري المصري:

عبد الغنـــي بسيوني عبدالله : *القانون الإداري*، بيروت، الـــدار الجامعية، 1996.

سليمان محمد الطماوي : *النظرية العامة للقرارات الإدارية*، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1984.

سليمان محمد الطماوي : *مبادئ القانون الإداري*، الكتاب الأول: *المقدمة العامة ونظرية المركزية واللامركزية*، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة العاشرة،1977، الكتاب الثاني: *نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة*، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة العاشرة،1979، الكتاب الثالث: *أموال الإدارة العامة وامتيازاتها*، الطبعة العاشرة، 1979.

طعيمة الجرف : *القانون الإداري : نشاط الإدارة العامة أساليبه ووسائله*، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1976.

طعيمة الجرف : *مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون*، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1976.

5- مجلات القانون الإداري المقارن:

- *Annales africaines* (université de Dakar)
- *Revue marocaine d'administration locale et de développement* (*REMALD*)
- *Revue juridique et politique , indépendance et coopération* (*RJPIC*)
- *Revue Penant : Revue de droit des pays d'Afrique*
- *Revue internationale de droit comparé* (*RIDC*)
- *Revue internationale des sciences administratives* (*RISA*)

الجزء الأوّل: التّنظيم الإداري

86- لا يمكن عرض التنظيم الإداري في تونس دون الرجوع إلى أسسه النظرية.

لذا وجب تقديم المبادئ العامة للتّنظيم الإداري (الباب الأوّل) قبل دراسة تطبيقاته بدءا بالتّنظيم المركزي (الباب الثاني) مرورا بالتّنظيم اللامركزي (الباب الثّالث) وختما بالعناصر التكميليّة للتّنظيم (الباب الرّابع).

البـــاب الأول: المبـــادئ العامـــة للتّنـظيـم الإداري

تمهيد

I- إشكالية الشخصيّة المعنويّة في القانون العام

87- إن مفهوم الشخصية المعنوية له أهمّية قصوى في القانون العام لما للذوات العموميّة من مكانة في هذا الفرع من القانون، فالأشخاص المعنويّة هي كلّ الأشخاص في القانون العام بحيث لا يمكن أن نتصوّر قيام علاقة قانونيّة دون تدخّل شخص معنوي عمومي: فأعوان الإدارة العامة حين يتصرّفون فإنهم يتصرّفون لحساب شخص معنوي عام كالدولة، أو الولاية، أو البلدية أو مؤسّسة عموميّة، فتنصرف آثار تصرفاتهم – حقوقا أو التزامات – إلى الشخص المعنوي العام الذين يعملون لحسابه.

88- على أن موضوع الأشخاص المعنوية ليس مقصورا على القانون العام، بل إن نظريّة الشخصيّة المعنويّة قد نشأت في مجال القانون الخاص وإن لم تكن بالأهمّية التي لها في القانون العام، نظرا لتبوّأ الأشخاص الطبيعيون المكانة الأولى في القانون الخاص.

89- ولم تكن أسس هذه النظريّة محلّ إجماع لدى الفقهاء الذين انقسموا بين مناصرين لفكرة الافتراضيّة القانونيّة، وبين مدافعين عن فكرة الواقعيّة القانونيّة[94]، وقد ذهب شقّ منهم أكثر من ذلك، إذ رفض الاعتراف بالشخصية القانونية للأشخاص الاعتباريّة، ويبدو أن هذا الموقف مبالغ فيه، ضرورة أن الفوارق

---

[94] انظر:
J. Rivero et J.Waline- *Droit adminisitratif*, 17éme édition 1998, n°1
H. Ben Salah- *l'organisation administrative de la Tunisie*, Tunis, C.R.E.A, 1993, p.49 et suiv.

البديهيّة القائمة بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي لا يمكن - بأيّ حال - أن تؤدّي إلى نفي الشخصيّة القانونيّة في جانب الأشخاص المعنويّة لأن الاعتراف بالشخصية القانونية ليس مقترنا بصفة الذات البشرية، بدليل أن العديد من المجتمعات القديمة كانت تعتمد نظام الرقّ ولا تعترف لكافة الأشخاص الطبيعيين بالشخصية القانونيّة الكاملة، كما أن القوانين الحديثة لا تعامل القصر وضعفاء العقل معاملة الأشخاص الطبيعيين الراشدين، لذا يكون من الأفضل اعتبار أن صفة الشخص القانوني إنّما هي شيء مجرّد يختلف باختلاف مدى اعتراف المجتمعات بهذا الواقع، فلئن كانت الذات البشرية تمثّل العنصر الأساسي الذي تقوم عليه الشخصيّة القانونيّة في كافة المجتمعات، فإن ذلك لا ينفي وجود مصالح جماعيّة وتجمّعات تكون أيضا جديرة بالحماية.

لذا يمكن اعتماد التعريف التالي للشخصية المعنويّة : " الشخص المعنوي هو مركز للمصالح يحظى بحماية القانونية " (*M.Waline*).

90- ولما كانت الأصول العامة لهذه النظرية تعرض أساسا في نطاق محاضرات المدخل العام للقانون سنكتفي هنا ببيان أهمّ مقوّمات الشخصية المعنويّة تمهيدا لاستعراض ما يتعلّق بالأشخاص العموميّة من خصائص.

II- مقوّمات الشخصية المعنوية العموميّة

تتمثّل مقوّمات الشخصيّة المعنويّة العموميّة في عنصرين أساسيين : الشخصيّة المدنيّة والذمّة الماليّة

أ- الشخصيّة المدنيّة

91- ويعبّر عنها أيضا **بأهليّة الوجوب** التي تعني " القدرة على التمتّع بالحقوق وعلى تحمّل الالتزامات"[95]، واكتساب الشخصية المدنية أمر ضروري حتى تتمكن الذات الاعتبارية من تصريف شؤونها بصفة مستقلّة، ويكفي الرجوع

[95] انظر : محمد كمال شرف الدين- قانون مدني، المطبعة الرسمية، 2002، ص 208

إلى النصوص القانونية المتعلّقة بالأشخاص العمومية للتأكّد من أهمّية هذا العنصر، فعلى سبيل المثال يقتضي الفصل الأول من القانون الأساسي للبلديات أن " البلديّة جماعة محليّة تتمتّع بالشخصيّة المدنيّة والاستقلال المالي وهي مكلّفة بالتصرّف في شؤون البلدية".

على أنه لا بدّ من الإشارة إلى أن الشخصيّة المدنيّة للأشخاص المعنوية تكون أقلّ امتدادا من تلك التي تتعلّق بالأشخاص الطبيعيّين[96]، وذلك لسببين اثنين :

92- أولهما يتمثّل في أن أهليّة الشخص المعنوي يجب دوما أن تبقى في حدود أغراضه الاجتماعية، فقد تكون هذه الأهليّة أوسع مدى بالنسبة إلى الأشخاص العمومية الرئيسية كالدولة التي لها شموليّة الاختصاص داخل التراب الوطني، إلاّ أنّها تصبح محدودة للغاية بالنسبة للأشخاص العمومية المرفقيّة التي لا يمكن لها أن تحيد عن الغرض الاجتماعي المحدّد لها بمقتضى القانون، وهو ما يعبّر عنه **بمبدأ التخصّص** (*Principe de spécialité*).

93- وثانيهما يتمثّل في أنّ الذوات الاعتباريّة العموميّة لئن كانت لها أهليّة الالتزام (الفصل 3 من م. ا. ع.) **فإنها تفتقد لأهليّة التصرّف** شأنها شأن جميع الذوات الاعتبارية، وهو ما يفيد أنه لا يمكن للإدارة القيام بمهامها إلاّ بواسطة من له الحقّ في تمثيلها قانونا وأن الأعمال الإداريّة - مادية كانت أو قانونية - ترتبط بالضرورة بشخص عمومي معيّن، وهذا الارتباط هو الذي يحدّد النظام القانوني لهذه الأعمال والجهة الإداريّة المسؤولة عنها.

94- وكما هو الشأن بالنسبة للذوات المعنوية في القانون الخاص فإن تصريف شؤون الأشخاص العمومية يكون بواسطة هياكل فردية أو جماعية تعرف **بالسلطات الإدارية** تكون مدعوّة للقيام بالمهام الموكولة لها في حدود الاختصاص المسند لها بمقتضى النصوص القانونية الجاري بها العمل، فمداولات المجلس البلدي تلزم البلديّة، وقرارات رئيس الجامعة تلزم الجامعة، كما أن الوزير يبرم

[96] يقتضي الفصل الخامس من م. ا. ع. " أن الذوات المعنوية لها منزلة الصغير قانونا"

الصفقات العمومية باسم الدولة، ويلاحظ في بعض الأحيان أن النصوص تجيز تدخل سلطة إدارية واحدة في حق أكثر من ذات عمومية، وتعرف هذه الظاهرة بحالة الازدواج الوظيفي، فالوالي مثلا هو في الآن نفسه سلطة لامحورية يمثل الدولة في الجهة ويتخذ القرارات باسمها، وسلطة لامركزية بإمكانه أن يتعهد بهذه الصفة في حق الولاية.

ب- الذمّة المالية

95- من أبرز الآثار التي تترتّب عن الاعتراف بالشخصية المعنوية العموميّة هو تمكين الشخص المعنوي العمومي من **ذمّة مالية مستقلّة**، ويعني التمتّع بالذّمة المالية- بدرجة أولى- أنّ الذات الاعتبارية يكون لها مالها الخاص، عقارا أو منقولا، منفصلا عن أموال أعضائها، بوسعها أن تتصرّف فيه بشتّى أنواع التصرّف؛ ينص الفصل 36 من القانون الأساسي للبلديات في هذا الشأن مثلا أن " يتولّى (المجلس البلدي) بمداولاته البتّ في الشؤون البلدية..."، فالبلديّة- شأنها شأن بقيّة الأشخاص القانونية- تكون حرّة في التصرّف في أملاكها الخاصة؛ تقول المحكمة الإدارية في هذا الإطار: " إن رفض البلديّة التفويت في قطعة أرض مندمجة ضمن ملكها الخاص لا يتّسم بعدم الشرعية طالما أنها تتمتّع بالحرّية الكاملة في التصرّف في ملكها الخاص"[97].

على أن هذه الاستقلاليّة يجب أن تبقى دائما في حدود ما يجيزه القانون، إذ أن مبدأ حريّة التصرّف لا يطبّق تطبيقا مطلقا على الأشخاص العموميّة التي تبقى خاضعة في أعمالها وتصرّفاتها إلى جملة من القيود[98].

[97] م. إ.، تس.، 9 مارس 1993، عدد 3109، توفيق الدعداع / رئيس بلدية حمام الأنف، م.، ص. 490

[98] انظر مثلا الفصل 58 من أمر 18 جوان 1918 المتعلق بالتصرّف والتفويت في الملك الخاص للدولة الذي يوجب الركون للاختبار وللبيع بالمزاد العلني عند التفويت في الملك الخاص للدولة

ولئن كانت الأسس النظريّة التي يقوم عليها تنظيم الذوات الاعتباريّة مشتركة بين مختلف الأشخاص المعنويّة – العامة والخاصة – فإن طرق تنظيمها يختلف اختلافا جوهريّا باختلاف صفة الذات الاعتباريّة المعنية بالشأن.

الفرع الأول: أساليب تنظيم الأشخاص العموميّة

96- يقوم التّنظيم الإداري في الدول الموحّدة[99] على **مبدأ وحدة الدولة** الذي يعني أنّ الدولة – بوصفها الشخصية المعنوية الأصلية – لها شمولية الاختصاص على كامل التراب الوطني[100]، ولا يجد هذا الاختصاص حدّا إلاّ في الإرادة الصريحة المنبثقة عنها والتي قد تؤدي إلى تكليف أشخاص عمومية فرعيّة بالسّهر على بعض المصالح الجماعية.

وعلى هذا الأساس يتّخذ التنظيم الإداري في الدولة الموحّدة شكلين أساسيين: التنظيم المركزي (الفقرة الأولى) والتنظيم اللامركزي (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: التنظيم المركزي

97- هو أسلوب في التنظيم يقوم على **تركيز السّلطة الإدارية في الإدارة المستقرّة في عاصمة البلاد** على نحو يجعل سلطة اتّخاذ القرارات محتكرة من قبل السّلطات الإدارية المركزية المتمثّلة أساسا في الوزارات[101].

[99] Michoud- *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, 3e éd.* 1932
et F. Linditch- *Recherches sur la personnalité morale en droit administratif,* LGDJ, 1999

[100] B. Delcros – *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat,* LGDJ, 1976

[101] حول هذا الموضوع بصفة عامة انظر: Ch. Eisenmann- *Centralisation et décentralisation* : esquisse d'une théorie générale LGDJ, 1948
وبالنسبة لتونس: L. Tarchouna- *Décentralisation et déconcentration en Tunisie,* Thèse, Faculté de droit et des sciences politiques, Tunis, 2005

ويتفرّع التنظيم المركزي بدوره إلى نوعين : **المركزية المطلقة** من جهة، والمركزية النسبيّة أو **اللاّمحورية** من جهة أخرى.

أ- المركزيّة المطلقة

98- وهي الصورة التي تحتكر فيها السّلطات الإدارية المركزية المستقرّة بالعاصمة السّلطة الإدارية كلّها، بشكل لا يترك لممثليها في الأقاليم أيّة سلطة في تصريف الأمور. وعلى هذا الأساس يتعيّن على ممثّلي السّلطة بالجهات الرجوع إلى رؤسائهم بالعاصمة في كل صغيرة وكبيرة، حتى وإن كانت هذه المسائل متعلّقة بشؤون ذات صبغة محليّة، كمدّ الطرقات وصيانتها، أو رفع الفضلات المنزليّة، أو مقاومة الضجيج داخل المدن.

ويقترن هذا النوع من التنظيم بنظام الحكم المطلق، فالتنظيم الإداري الذي كان سائدا في تونس في فترة ما قبل الحماية لا يبتعد كثيرا عن هذا المنوال[102].

على أن المركزية المطلقة لم تعد مستساغة في وقتنا الحاضر، بحكم تعدّد الخدمات الإدارية وتشعّبها بصورة لم يكن لها مثيل في الماضي، بحيث لم يعد بإمكان السّلطات المركزية اليوم القيام بكل ما يتعلّق بالوظيفة الإدارية.

لهذه الأسباب اقتنعت الدول الحديثة بسلبيّات هذا التنظيم وسعت إلى إدخال نوع من التعديل عليه لغاية التخفيف من حدّته. وقد تمثّل هذا التعديل في تركيز نظام اللاّمحورية.

ب- اللاّمحورية

99- هو أسلوب في التنظيم الإداري يتمثّل في **تفويض أو في إسناد قدر معيّن من السلطة للهياكل الجهوية**[103].

[102] حول هذا التنظيم انظر: M. Mabrouk- *Administration et personnel de la Tunisie précoloniale*, ENA, 1971

[103] راجع : J. Waline - *Pour une politique de déconcentration*, Mel. Eisennann, p.177

ويعدّ التنظيم اللاّمحوري وجها من أوجه التنظيم المركزي يهدف إلى تقريب الإدارة من منظوريها بإحالة بعض الاختصاصات من السّلطات المركزية إلى السّلطات الجهوية، دون أن يؤول ذلك إلى إحداث انفصال داخل الدولة، فالسّلطات اللاّمحورية تبقى دائما تابعة للدولة، تتّخذ قراراتها باسمها، ولكن على عين المكان وليس من العاصمة. ولئن كان هذا التنظيم من شأنه أن يجنّب تراكم الملفّات على مكاتب الإدارة المركزية، وتفادي الشلل الذي يهدّد العمل الإداري جرّاء المركزيّة المفرطة، فإنه لا يمكن له القضاء تماما على البيروقراطية وعلى تدخّل السّلطات المركزية في الشؤون الجهوية، فهو أسلوب يتنافى إذن مع مبادئ المسؤولية والديمقراطية الإدارية.

الفقرة الثانية : التنظيم اللاّمركزي

100- يتفرّع التنظيم اللاّمركزي إلى شكلين أساسيين : شكل أساسي يتمثّل في اللاّمركزية الترابية وشكل ثانوي يتمثّل في اللاّمركزية المرفقيّة أو الفنيّة، ونضيف من جهة أخرى أن فكرة اللاّمركزية لا تنفي التعايش في صلب الدولة الموّحدة مع فكرة التنظيم المركزي.

أ -اللاّمركزية الترابية

101- هو أسلوب في التنظيم الإداري يقوم على **الاعتراف بوجود " شؤون محلية" مختلفة عن " الشؤون الوطنية "** يكلّف القانون أشخاص قانونيةٍ مستقلّة بذاتها، تعرف **بالجماعات الترابية أو المحلّية**، بالسهر على إدارتها بواسطة هياكل تكون عادة منبثقة عنها.

وبقدر ما تكون المصالح المحليّة ممثّلة فعلا من طرف هذه الهياكل، وبقدر ما تكون بحوزة هذه الهياكل الوسائل القانونية والمادية اللاّزمة للقيام بوظائفها على الوجه الأكمل تكون استقلاليّة هذه الهيئات فعليّة أو صوريّة[104].

[104] Ch. Eisenmann- *Centralisation et décentralisation*, op. cit.

على أن للاّمركزيّة حدودا موضوعية لا يمكن لها أن تتجاوزها، وإلا آل الأمر إلى الخروج من نظام الدولة الموّحدة للانتقال إلى نظام الدولة الاتّحادية.

ونضيف أنه توجد في بعض الدول الغربية تنظيمات تتمتّع بمشمولات تفوق بكثير ما هو معهود في التنظيمات اللاّمركزية التقليديّة، إلى حدّ يصعب معه القول بأنها تبقى من تنظيمات الدول الموحّدة[105].

ولئن كانت اللامركزية تنحصر في مفهومها الأصلي في هذا الشكل من التنظيم الذي يعرف باللاّمركزية الترابية، فإن ذلك لا ينفي غياب أشكال أخرى من التنظيمات اللاّمركزية.

ب- اللاّمركزية المرفقيّة

102- يوجد إلى جانب المفهوم الأصلي للاّمركزية مفهوم آخر يعرف باللاّمركزية المرفقية أو الفنيّة.

ويتمثّل هذا الأسلوب في **وضع بعض المرافق العامة المتخصّصة (الجامعات، الكليّات، المستشفيات) خارج التنظيم الإداري للدولة مع تزويدها بالشخصية القانونية وبقدر من الاستقلاليّة** لتمكينها من تحقيق أغراضها الاجتماعيّة.

وتتمثّل هذه الذوات العمومية المتّخصصة فيما يعرف بالمؤسّسات العموميّة[106] التي تكون تابعة للدولة أو للجماعات الترابية، حسب صبغة المصالح المكلّفة بتحقيقها- وطنية أو محليّة.

[105] J. Moreau- *Collectivités locales*, Economica, 1993

[106] حول مسألة تخصّص الأشخاص العموميّة راجع :
J.C. Douence- *La spécialité des personnes publiques*, RDP, 1972, p. 753 ;
J. P. Théron, *Recherche sur la notion d'établissement public*, LGDJ, 1976

وقد تمّ اللجوء إلى هذا الأسلوب في البداية لإدارة المرافق العامة الإدارية (المستشفيات والجامعات) قبل أن تمتدّ تطبيقاته تدريجيا لتشمل بعض المرافق العامة ذات الصبغة الصناعية والتجارية، كمرافق الكهرباء والغاز والنقل الحديدي.

103- ولم يكن تدخّل المشرّع في هذا المجال بالوضوح التام، إذ أن إحداثه لأصناف جديدة من المؤسّسات، كالمؤسّسات الترابية (الوكالة العمرانيّة لتونس الكبرى) أو المؤسّسات العموميّة الدستورية (المجلس الدستوري والمجلس الاقتصادي والاجتماعي) يبقى محلّ جدل ضرورة أن أركانها تبدو غير متجانسة مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها هذا التنظيم[107].

104- ويجب أن ننبّه إلى عدم وجود نظام المركزيّة المطلقة في الوقت الحاضر، ذلك أن أغلب التنظيمات أصبحت تأخذ بفكرة التعايش بين التنظيم المركزي والتنظيم اللاّمركزي، على هذا الأساس توجد في هذه البلدان الأصناف التالية من الأشخاص العمومية :

- الشخص العمومي الأصلي المتمثّل في الدولة التي تعتمد في تنظيمها التدّرج في الهياكل والمراكز، مع إبقاء سلطة اتّخاذ القرار بين أيدي رئيس الإدارة وأعوان الدولة بالجهات

- الأشخاص العمومية الفرعية وخاصة الجماعات الترابية التي تقوم على فكرة وجود مصالح محلّية متميّزة، أوكل القانون للهياكل المشرفة عنها مسؤولية تسييرها بصفة مستقلّة عن الدولة.

الفرع الثاني : الخصائص العامة للأشخاص العموميّة

105- يوجد اختلاف جوهري بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص (الفقرة الأولى)، لذا يكون من الضروري إبراز آثار هذا الاختلاف (الفقرة الثانية)، بالرغم من ظهور اتجاها نحو التقارب (الفقرة الثالثة).

[107] Y. Ben Achour- *Droit administratif*, op.cit., n° 322 et suiv.

الفقرة الأولى : أوجه الاختلاف بين الأشخاص العموميّة وأشخاص القانون الخاص

106- تنقسم الأشخاص المعنويّة في القانون الخاص إلى صنفين :

- ذوات اعتباريّة نفعيّة غايتها تحقيق الربح، كالشركات التجارية
- وذوات غير نفعيّة، كالنقابات المهنية والجمعيات

ويكمن الاختلاف بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص في أربعة مستويات أساسية على الأقلّ[108]

أ- الاختلاف من حيث طريقة الإنشاء

107- لئن كان إنشاء الأشخاص المعنويّة في القانون الخاص يخضع لمبدأ المبادرة الحرّة، بحيث يمكن لأي فرد تأسيس شركة تجارية أو جمعيّة شريطة التقيّد بالقوانين الجاري بها العمل، **فإن إحداث الأشخاص العمومية لا يمكن بأي حال أن يكون نتيجة مبادرة من الخواص**، فأيا كان شكل الشخص المعنوي العمومي فإن إحداثه يتمّ دوما بقرار من السّلطة العامة وطبقا للطرق والأساليب المقرّرة بالقانون.

ب – الاختلاف من حيث حرّية الانخراط

108- **لا يمتلك الأفراد أية حرّية في الانخراط أو في عدم الانخراط في الشخص العمومي**، فبمجرّد أن تتوفّر فيهم بعض الشروط الموضوعية يكون الانتماء للشخص العمومي أمرا حتميا، فالمواطن الذي يختار مقرّا له بمدينة من المدن يندمج آليا في المدينة وفي المعتمدية وفي الولاية التي يوجد بدائرتها هذا المقرّ، وعلى عكس ذلك فإن الأفراد لهم الحرّية التامة في المساهمة أو في عدم المساهمة في أشخاص القانون الخاص، إذ لا يمكن جبر أحدهم على الانخراط في هذه المنظمات.

[108] J.Rivero et J. Waline- *Droit administratif*, op.cit, n° 39 et suiv.

ج-الاختلاف من حيث الأهداف

109- **إن تحقيق المصلحة العامة يمثّل العنصر الأساسي الذي يبرّر وجود الأشخاص العمومية**، فهو العنصر الذي يحدّد إطار نشاطها، فلا يمكن لها أن تحيد عنه للقيام بأنشطة تهدف إلى تحقيق مصالح خاصة على حساب المصلحة العامة، و لئن كان بإمكان السّلطة العامة تكليف الأشخاص العمومية للقيام بأنشطة ذات صبغة صناعيّة وتجاريّة في مجالات معيّنة[109]، فإن ذلك لا يعني أن الأهداف المرسومة لهذه المؤسّسات ستكون تجاريّة صرفة، ذلك أن تحقيق الربح لا يكون في جميع الحالات الغاية الوحيدة التي تبرّر إحداث شخص من أشخاص القانون العام.

د- الاختلاف من حيث الأهلية

110- إن الأشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص **ليست متساوية** في الحقوق والواجبات وبالتالي **فإن أهلية الأشخاص العموميّة تتجاوز تارة وتقلّ طورا عن أهلية أشخاص القانون الخاص.**

- فهي تفوق الوسائل القانونية التي يوفّرها القانون الخاص، ذلك أن الأشخاص العمومية تمتلك **امتيازات السّلطة العامة** التي ليس لها مثيل في القانون الخاص، كسلطة اتّخاذ القرارات الملزمة من جانب واحد، وسلطة تقرير الانتزاع من أجل المصلحة العامة، وسلطة توظيف الأداء...
- وهي أقلّ امتداد من الوسائل القانونية التي يوفّرها القانون الخاص، ذلك أن الأشخاص العموميّة تخضع في أعمالها وتصرّفاتها **لقيود المصلحة العامة**، إذ لا تكون لها مثلا الحرّية التامة في اختيار المتعاقدين معها، كما أنه ليس لها أيضا الحرّية المطلقة في التصرّف في أموالها سواء أكانت منقولات أو عقارات.

[109] انظر العدد الخاص لمجلة AJ- *Les associations et la vie administrative*, : mars, 1980 et le Rapport public du CE.- *Les associations et la loi de 1901*, EDCE, n° 51, 2000, p.237

الفقرة الثانية- آثار التمييز

111- إنه من المهم جدّا تحديد الطبيعة القانونية للشخص المعنوي المعني بالشأن نظرا للآثار القانونية المتباينة المترتّبة عن هذا التمييز والتي يمكن تقسيمها إلى نوعين : آثار سلبية وأخرى إيجابية.

أ- الآثار السلبية

112- تتمثّل الآثار السلبية في الموانع التي تتعلّق بالصفة العمومية للشخص المعنوي وهي متعدّدة، نذكر من بينها حظر طرق التنفيذ وحظر المقاصة وحظر إجراءات التسوية القضائية والتفليس، إلى جانب بعض الموانع الخاصة.

1- حظر طرق التنفيذ

113- من أهمّ وأخطر النتائج المتعلّقة باكتساب الشخصية المعنوية العمومية هي تمتّع هذه الأشخاص **بامتياز التنفيذ** ومنع عقلة أموالهم ومكاسبهم، **فلا يجوز اللجوء إلى طرق التنفيذ المقرّرة في القانون العام ضد الأشخاص العمومية**[110]، ويعود ذلك إلى ضرورة ضمان استمرارية المرافق العام التي تكون مهدّدة لو أجاز القانون اللّجوء إلى وسائل التنفيذ الجبري ضد الإدارة.

لذا جاء الفصل 37 من مجلة المحاسبة العمومية ليؤكد أنه " لا يجوز إجراء أية عقلة ولو كانت بمقتضى أحكام أو بطاقات تنفيذية على الأموال ولا على الديون الناتجة عن الضرائب أو غيرها ولا على السندات والقيم والمكاسب المنقولة وغير المنقولة بدون أي استثناء التي تملكها الدولة أو المؤسّسات العمومية أو الجماعات العمومية المحلّية" وأنه يبقى لأصحاب الديون المذكورة " المطالبة بها لدى الإدارة المختصة" (الفصل 38 من م. م.ع)[111].

[110] حول هذا الموضوع انظر :
B. Tekari- *l'exécution contre l'administration en droit tunisien*, RTD, 1984, p.360

[111] وقع تكريس هذه القاعدة منذ بداية القرن المنقضي بمقتضى أحكام الفصل الأول من أمر 15 فيفري 1904 الذي وقع نسخه بمقتضى أحكام الفصل الثاني من القانون عدد81 المؤرخ في 31 ديسمبر 1973 المتعلق بإصدار مجلة المحاسبة العمومية

114- وبخصوص عبارة "المؤسّسات العمومية" الواردة بالأحكام القديمة لهذه المجلّة نلاحظ أن قانون المالية لسنة 2001 قد رفع اللبس الذي كان يحوم حول معرفة ما إذا كانت هذه العبارة تشمل كافة أصناف المؤسّسات العموميّة أم أنها مقصورة على المؤسّسات ذات الصبغة الإداريّة، إذ أن الفصل 39 مكرر من هذه المجلة قد اقتضى صراحة أنه تعد مؤسّسة عمومية على معنى هذه المجلة تلك التي تخضع ميزانيتها وتصرفها المالي والمحاسبي إلى أحكام القانون الأساسي للميزانية وإلى أحكام هذه المجلة، وهو ما يعني أن المؤسّسات العمومية غير الإدارية التي تعتبر منشآت عموميّة تستثنى من الانتفاع بهذا الامتياز[112].

2- حظر المقاصة

115- تعدّ المقاصة طريقا لانقضاء الدين عندما يصبح المدين دائنا لدائنه. وتعتبر مبرئة للذمّة في حدود الدين الأقلّ، وهي بهذا المعنى وسيلة محتملة لسداد الديون المتقابلة : الديون الخاصة المترتّبة عن أحكام صادرة ضد الإدارة والتي تقضي بإلزامها بأداء مبلغ من المال والديون العمومية المترتّبة عن بطاقات تنفيذية أو أحكام قضائية صادرة ضد الأفراد.

ويعتبر **حظر المقاصة نتيجة مباشرة لاكتساب الشخصية المعنوية العمومية**، فقد وقع التأكيد على هذا الحظر صراحة صلب الفصل 39 من م. م.ع. الذي ينص على أنه " لا يجوز إجراء أيّة مقاصة بين الديون الراجعة للدولة أو لهيئة عمومية وبين الديون المتخلّدة بذمتها وكل استثناء لهذه القاعدة يقع إقراره بأمر. ويجبر بجميع الطرق القانونية على تسديد ما بذمته كل من كان مدينا بضرائب أو غيرها راجعة للدولة أو لمؤسّسة عامة إدارية، أو لمجموعة عمومية محلية بدون أن يكون له الحق في طلب المقاصة بما قد يكون له من ديون في ذمّة تلك الهيئات حتى لو كانت ديونه هذه معزّزة بأحكام أو وثائق تنفيذية"، وما يجب

[112] حول التمييز بين المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة غير الإدارية انظر رقم 591 أسفله وحول هذه المسألة بصفة عامة راجع:
A. Aouij-M'rad- *Les biens des entreprises publiques* in « *Le droit des entreprises publiques* » Actes du colloque de l'ATDA des 11 et 12 mars 2005, Tunis, 2006, p.65 et 66

ملاحظته بخصوص نظام الحظر الخاص بالمقاصة هو أنه لا ينسحب إلا على المؤسّسات "العمومة الإدارية" بصريح النص، وهو ما يستثني المؤسّسات العموميّة غير الإدارية ومنها بالخصوص المؤسّسات ذات الصبغة الصناعية والتجارية التي يجوز الاحتجاج ضدها بإجراءات المقاصة[113].

3- التسوية القضائية والتفليس

116- **لا يجوز اللّجوء إلى إجراءات التفليس ضد الدولة والجماعات المحلّية والمؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الإداريّة وكذلك ضد المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الإداريّة التي لا تعتبر منشآت عموميّة**[114]، إذ ليس لهذه المؤسّسات صفة التاجر على معنى الفصل الأول من المجلة التجارية.

وجدير بنا أن نتساءل حول مدى خضوع المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة غير الإداريّة والتي تعتبر منشآت عموميّة إلى هذه الإجراءات، وفي الحقيقة لا نجد جوابا صريحا عن هذا التساؤل في مستوى النصوص، على أن هذا الجدل يبقى من الفرضيات النظرية، إذ لا يمكن أن نتصوّر بقاء الدولة مكتوفة الأيدي في صورة لجوء الدائنين إلى إجراءات التفليس ضد منشآتها.

4- بقيّة الموانع الخاصة

117- وتمتدّ هذه الموانع إلى **مبدأ عدم المساس بالمنشآت العمومية** الذي يعدّ من المبادئ العامة للقانون، ويعني هذا المبدأ في القانون التونسي أنه لا يمكن للقاضي أن يأذن بإزالة منشأة عمومية حتى وإن ثبت غرسها على ملك الغير بصفة غير شرعية[115]، على أنه يبقى الحقّ لمن تضرّر من العملية أن يتتبّع طريق التعويض.

---

[113] انظر: عبد الرزاق المختار – تنفيذ قرارات المحكمة الإدارية، المرجع سابق الذكر، ص. 44 وما يتبع

[114] حول هذا التصنيف انظر رقم 591 و59 أسفله

[115] انظر، م.إ. اب.، 29 مارس 2003، عدد19519، نجمة بلطيفة / الشركة التونسية الكهرباء والغاز، غير منشور

ويمكن أن نضيف إلى هذه الموانع **حظر التحكيم الداخلي في النزاعات المتعلّقة بالدولة والمؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلّية** الذي أقرّه الفصل السابع، فقرة رابعة من مجلة التحكيم[116]، فهذا المنع لا يسري إذا كان النزاع يخصّ العلاقات الدولية، وهو ما يتأكد بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 48 من هذه المجلّة، غير أن المؤسّسات العامة غير الإدارية لا تخضع لهذا المنع.

ب-الآثار الإيجابية

118- تتمثّل الآثار الإيجابية في **النظام القانوني المميّز الذي يترتّب عن اكتساب الشخصية المعنوية العمومية**، فهذا النظام يفتح أمام مستخدمي الأشخاص العموميّة إمكانية اكتساب صفة الأعوان العموميين، كما يخوّل اعتبار جزء من أملاكهم من قبيل الأملاك العمومية، وبعض الأشغال العقارية التي تنجز لفائدتهم أشغالا عمومية، والقرارات التي يتّخذونها من طائفة القرارات الإدارية التي تتمتّع بامتياز أسبقية التنفيذ[117]، والعقود التي يبرمونها من قبيل العقود الإدارية[118].

ونضيف أن صفة الشخص العمومي لا تكفي وحدها بل يجب أن تتوفّر شروط أخرى، ولكن تبقى الصفة العمومية الشرط الأول والأساسي للتمتّع بهذا النظام المميّز.

119- كما يلاحظ أن الأشخاص العموميّة تنتفع لاستخلاص ديونها **بوسائل الاستخلاص الجبري** التي تخوّل لها جبر المطلوبين على تسديد ما بذّمتهم من ديون بواسطة بطاقات تنفيذية دون أن تكون مضطرّة إلى اللجوء إلى المحاكم لاستصدار سند تنفيذي (الفصل 26 من م.م.ع)، كما تتمتّع الدولة والمؤسّسات العامة والجماعات العمومية المحلّية لاستخلاص ديونها بامتياز عام على مكاسب مدينيها.

أمّا الديون المتخلّدة بذّمتها فتنطبّق عليها **قاعدة التقادم الرباعي** التي تؤدي إلى سقوط الديون الحالة التي لم يقع تسديدها في غضون الأربع سنوات.

---

[116] الصادرة بمقتضى القانون عدد42 المؤرخ في 26 أفريل 1993

[117] انظر الباب الأول من الجزء الثاني أسفله

[118] انظر الباب الثاني من الجزء الثاني أسفله

الفقرة الثالثة : الاتّجاه نحو التقارب

120- يتجلّى الاتّجاه نحو التقارب من خلال إخضاع الأشخاص العامة إلى مقدار من القانون الخاص وإخضاع أشخاص القانون الخاص إلى مقدار من القانون العام.

أ- إخضاع الأشخاص العامة إلى القانون الخاص

121- يميّز فقه القضاء منذ أمد بعيد بين مختلف تصرّفات الأشخاص العامة على أساس الصبغة العامة أو الخاصة لهذا التصرّف:

122- **التصرّف العام** (*la gestion publique*) وهو الذي يقوم عندما تلجأ هذه الأشخاص إلى الطرق السلطوية لتصريف شؤونها

123- و**التصرّف الخاص** (*la gestion privée*)[119] وهو الذي يقوم عندما تلجأ الأشخاص العمومية إلى أساليب القانون الخاص، في هذه الحالة الأخيرة تكون الإدارة خاضعة لقواعد القانون الخاص ولاختصاص القاضي العدلي، فعندما يقرّر شخص عمومي التفويت في ملكه الخاص ويبرم عقدا للغرض مع أحد الأفراد يكون هذا العقد خاضعا لقواعد القانون المدني، وعندما يؤجّر ملكا خاص لإيواء الطلبة يكون هذا العقد *أيضا خاضعا لقواعد القانون الخاص*.

124- إلى جانب هذا النوع من التصرّف يلاحظ أن الدولة أصبحت تتدخّل في المجال الاقتصادي والاجتماعي انطلاقا من بداية القرن العشرين بواسطة المؤسّسات العامة ذات الصبغة الصناعية والتجارية التي تمارس أنشطة لا تختلف عن تلك التي تمارسها الشركات التجارية، فمن الطبيعي أن يقع إخضاع هذه المؤسّسات إلى قواعد القانون الخاص[120].

---

[119] R.Chapus- *Droit administratif général*, 12ème édit., Montchrestien, 2001, n° 1038

[120] انظر : J.P. Théron - *Recherche sur la notion d'établissement public*, op cit. et J. Chevallier – *les transformations du statut d'établissement public* J.C.P, 1972, I, n° 2496

125- وقد أصبحت هذه المسألة تكتسي أهمّية خاصة مع إحداث المشرّع لهيئات مهنية تم تكليفها بالسّهر على مصالح المهن الحرّة، ولكن دون تحديد طبيعتها القانونية ممّا أثار جدلا كبيرا في مستوى الفقه وفقه القضاء، إذ رفض مجلس الدولة الفرنسي الاعتراف لهذه التنظيمات بصفة المؤسّسة العمومية[121] دون حسم مسألة طبيعتها القانونية أعامّة هي أم خاصة[122]، وعلى عكس ذلك اعتبر القاضي الإداري التونسي "أن الهيئات المهنية الحرّة ولئن هي ليست من المؤسّسات العمومية ذات الصبغة الإدارية إلا أنها تعتبر من أشخاص القانون العام ذلك أنها تجمع بين مقوّمات هذه الأشخاص"[123].

ب -إخضاع أشخاص القانون الخاص إلى القانون العام[124]

126 – قد تختار الدولة **تفويض التصرّف في بعض المرافق العامة إلى أشخاص القانون الخاص مع تزويدهم بمقوّمات السّلطة العامة لتحقيق أهداف المرفق**، و يتّخذ هذا الأسلوب شكلين مختلفين :

127- **الشكل التعاقدي** الذي يتم بمقتضاه تفويض تصريف شؤون المرفق إلى أحد الأفراد مع تزويده بامتيازات السلطة العامة إزاء مستعملي المرفق.

وقد مثّل هذا الأسلوب في عهد الحماية أحد الأساليب الأساسية المعتمدة في تسيير المرافق العامة (الكهرباء والغاز، النقل، منشآت الطاقة المائية)، ثم وقع العدول عنه إثر الاستقلال ليشهد خطوة جديدة في السنوات الأخيرة مع اعتماد السلطات العمومية سياسة الخصخصة في المرافق العامة ذات الصبغة الاقتصادية[125].

---

[121] CE, 2 avril 1943, *Bouguen*, GAJA, n° 55

[122] حول هذه المسألة : Ch. Eisenmann- *l'arrêt Montpeurt : légende et réalité*, Mél. Mestre, p.221

[123] م. إ. تع.، 14جويلية 1983، عدد 212، الهيئة الوطنية للمحامين/ أنور بشر، أ.ك.، رقم 17، ص. 277؛ م. ق.ت. 1984، القسم العربي، ص 115 وما يتبع، تعليق الأستاذ عياض ابن عاشور

[124] *Negrin- l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, 1971

[125] انظر رقم 567 وما يتبع أسفله

128- و**الشكل الأحادي** الذي تقوم الإدارة بمقتضاه بتكليف أشخاص القانون الخاص بتنظيم وإدارة بعض المرافق العامة مع تزويدهم بوسائل السّلطة العامة بغية تمكينهم من تحقيق المصلحة العامة وهو ما يصيّرها خاضعة في هذا الجانب من نشاطها إلى قواعد القانون الإداري[126].

الفرع الثالث: طبيعة العلاقة القائمة بين الأشخاص العامة

129- تتأسّس العلاقة التي تقوم بين الأشخاص العامة على مبدأ **وحدة الدولة** الذي يفترض تسليط نوعا من الرقابة على كافة الهياكل المتفرّعة عنها.

وتبدو هذه الرقابة ضرورية للحفاظ على وحدة الدولة وفرض تطبيق القانون تطبيقا موحدا على كامل التراب الوطني، وتختلف هذه العلاقة باختلاف طبيعة التنظيم الإداري المعتمد: مركزي أو لامركزي، ففي نطاق **التنظيم المركزي الذي يعتمد مبدأ التبعية المتدرّجة بين الرؤساء والمرؤوسين داخل تنظيم إداري موحّد** نجد نوعا من الرقابة يعرف **بالسّلطة الرئاسية**، أما في نطاق **التنظيم اللامركزي الذي يقوم على مبدأ استقلال الأشخاص العموميّة المتفرّعة عن الدولة** تتّخذ الرقابة شكل **رقابة الإشراف.**

الفقرة الأولى: السّلطة الرئاسية

نتولّى فيما يلي تحديد مفهوم هذه السّلطة قبل بيان محتواها

أ- مفهوم السّلطة الرئاسية

130- يتّخذ التنظيم الإداري داخل المرافق العامة شكلا هرميّا ويخضع لمبدأ التدرّج الذي يقتضي خضوع العون الأقلّ درجة إلى العون الذي يعلوه درجة في التسلسل الإداري، ويستمرّ الخضوع على هذا النحو إلى أن نصل إلى قمّة الهرم حيث يوجد عادة رئيس الإدارة، **فالسّلطة الرئاسية إذن هي السّلطة التي يمارسها الرئيس على مرؤوسيه قصد تنفيذ القوانين وحسن تنظيم المرفق**[127].

---

[126] انظر رقم 578 وما يتبع أسفله

[127] حول السّلطة الرئاسية راجع بالخصوص J. Rivero et J.Waline- *Droit administratif,* op. cit., n° 334

ومن أهمّ خصائص السّلطة الرئاسيّة أنها **تباشر بصفة أصليّة** دون حاجة إلى وجود نصّ سابق، إذ يمكن دائما للسّلطة العليا أن تتدخّل مباشرة لفرض إرادتها على المرؤوسين[128]، وقد تكون سابقة أو لاحقة لعمل المرؤوس، متعلّقة بمشروعيّته أو بجدواه، كما قد تكون كاملة أو جزئيّة.

وعلى المرؤوسين الامتثال دائما لأوامر وتعليمات رؤسائهم، **فواجب طاعة أوامر الرئيس يكتسي صبغة مطلقة** وهو ما يتأكّد من خلال الفصل السادس من قانون الوظيفة العموميّة الذي ينصّ أن " كلّ عون عمومي مهما كانت رتبته من السلّم الإداري مسئول عن تنفيذ المهام المناطة بعهدته، وكل عون مكلّف بتسيير مصلحة مسئول إزاء رؤسائه عن السّلطة التي منحت له لهذا الغرض وعن تنفيذ ما يصدر عنه من الأوامر ولا تعفيه المسؤوليّة الخاصة التي يتحمّله مرؤوسوه من أي مسؤوليّة ملقاة على عاتقه ".

131- على أن القضاء الإداري الفرنسي قد سعى إلى وضع **حدود** لهذه **القاعدة**، معتبرا أن **على المرؤوس أن يرفض تنفيذ أوامر رئيسه إذا كانت متّصفة بلاشرعيّة بديهيّة وكانت من شأنها إلحاق ضرر فادح بمصلحة عامة**[129]، أمّا القاضي الإداري التونسي فقد كان قضاؤه أكثر يسر، **إذ اعتبرت المحكمة الإداريّة أنه يكفي توفّر أحد الشروط المشار إليها أعلاه حتّى يتحرّر المرؤوس من هذا الالتزام.** تقول المحكمة الإداريّة في هذا الشأن: " حيث استقرّ فقه قضاء هذه المحكمة على اعتبار أن امتثال الموظّف لواجب الطاعة لا يمتدّ إلى القرارات التي تتّصف باللاّمشروعيّة الواضحة وبالتالي فإن استجابة العارض لأمر الصادر عن رئيسه المباشر لا يعفيه من المؤاخذة التأديبيّة "[130].

J.C. Grohens- *Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés* AJDA, 1966, p.140.

[128] CE, 30 juin 1950, *Queralt*, D. 1951, Note Marion

[129] CE, 10 novembre 1944, *Langneur*, D. 1945, Concl. B. Chenot

[130] م.إ.، تس.، 3 فيفري 1993، عدد 2369، الشادلي النسكي/ وزير المالية، م. ص. 465: طرد عون جمارك من أجل تعمده تهريب بضاعة ممنوعة عبر الحدود

ب – محتوى السّلطة الرئاسية

يجب التمييز بين السّلطة الرئاسية على أشخاص المرؤوسين من جهة و السّلطة الرئاسيّة على أعمالهم من جهة أخرى.

1-السّلطة الرئاسية على أشخاص المرؤوسين

132- تتجلّى هذه السّلطة في **سلطة تعيين المرؤوسين** وتوزيعهم على المصالح الإدارية المختلفة، كما تتضمّن **نقلتهم** من إدارة إلى أخرى أو- داخل الإدارة – من مركز عمل إلى آخر، حسبما يقتضيه حسن سير المرافق العامة أو ضروريات العمل، وتعدّ هذه الوسائل من أهمّ مظاهر السّلطة الرئاسية وتمتدّ إلى سلطة **ترقية** الأعوان **وتقويم مستوى ونوعيّة عملهم** لغرض تحديد مقدار المنح والمكافآت المستحقّة.

وتبقى هذه السّلطة قائمة حتى وإن تضمنّت النصوص أن قرار التعيين يعود إلى سلطة أخرى غير السّلطة الرئاسية المباشرة، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للموظّفين السامين في الدولة، ذلك أنه يبقى في هذه الحالة للسّلطة الرئاسية صلاحية اقتراح وإعداد وتقديم قرار التسمية.

133- ويعد منح **السّلطة التأديبية** إلى رئيس الإدارة نتيجة منطقيّة لإسناده سلطة التعيين، وهو ما أشار إليه الفصل 51 من قانون الوظيفة العمومية لمّا اقتضى أن " السّلطة التأديبية تعود إلى رئيس الإدارة التي ينتمي إليها الموظف العمومي"، مع الإشارة إلى أنه لا يمكن تسليط العقوبات على المرؤوسين إلاّ طبقا للصيغ والإجراءات التي وضعها قانون الوظيفة العمومية، أي بمراعاة الضمانات الأساسية للأعوان المدانين.

2- السّلطة الرئاسية على أعمال المرؤوسين

تكتسي **السّلطة الرئاسية على أعمال المرؤوسين صبغة مطلقة**، حيث لا يوجد أدنى شك في إلزامية تعليمات وأوامر الرئيس إزاء مرؤوسيه، ويجد هذا النمط من السّلطة سندا قويّا في منوال التنظيم المركزي.

134- ويتجسّم هذا الأسلوب بدرجة أولى فيما يعرف بسلطة **التوجيه والإرشاد** التي تخوّل لرئيس الإدارة إصدار ما يراه صالحا من الأوامر والتعليمات والتوجيهات والمناشير والمذكّرات لبيان كيفية تنفيذ القوانين والتراتيب، ويلاحظ أن هذه الظاهرة في تطوّر مستمرّ لا فقط على أساس النزعة المركزية التي تميّز الإدارة التونسية، وإنما أيضا على أساس "ميل الموظف المتنامي إلى المظلات وحتى إلى الأغطية"[131]التي تدفع به إلى استحضار هذه الأوامر في صورة عدم وجودها.

وأيا كان الشأن فإن من واجب المرؤوس أن يمتثل لأوامر رئيسه، وليس له أن يعارضها أو أن يرفض تنفيذها وإلا كان عرضة للمساءلة التأديبية.

135- كما يتجسّم هذا الأسلوب من جهة أخرى في السّلطة التي تخوّل لصاحبها متابعة أعمال المرءوس لغاية إقرارها أو **تعديلها** أو **إلغائها**، ويمارس رئيس الإدارة هذه السّلطة إما بصفة تلقائية أو على إثر التظلّمات والشكاوى التي قد ترفع إليه من منظوري الإدارة.

ويكون التعديل أو الإبطال واجبا على الرئيس إذا كان عمل المرؤوس مخالفا للمشروعية القانونية.

136- ويتجسّم هذا الأسلوب أخيرا في **سلطة الحلول** التي تخوّل للرئيس – إذا ما ثبت تقاعس المرؤوس عن الاختصاص المسند له أن يحلّ محلّه لاتّخاذ القرار المناسب، بعد تنبيهه بضرورة القيام بذلك، على أنه لا يمكن للرئيس بأي حال أن يحلّ محلّ المرؤوس بصفة مبدئية، دون ثبوت تقاعس واضح في جانب هذا الأخير، وإلا كانت قرارات الحلول متّسمة بعيب في الاختصاص ومعرّضة للإلغاء[132].

[131] انظر في هذا الشأن : M. Deroche- *les mythes administratifs*, PUF, 1966, p184.

[132] CE, 12 novembre 1949, *Yosri Alloua*, D.1950, p.303

الفقرة الثانية: رقابة الإشراف

نتولّى بيان الخصائص العامة لهذا النوع من الرقابة قبل استعراض وسائلها القانونية

أ- الخصائص العامة لرقابة الإشراف

137- تختلف الرابطة القائمة بين الأشخاص العمومية باختلاف طبيعة هذه الأشخاص : رئيسية كانت أو فرعيّة. وأيا كانت الأشخاص المعنيّة بهذه العلاقة فإن الرقابة القائمة التي تنشأ بينها تخضع إلى جملة من المبادئ تميّزها عن تلك التي تطبّق داخل الأشخاص العمومية.

1- تنوّع أوجه الرقابة القائمة على الأشخاص العمومية

138- لئن كانت الاختصاصات الذاتية للدولة تمارس بصفة مبدئية بحكم إرادتها المنفردة فإن الاختصاصات الراجعة لبقيّة الأشخاص العمومية لا تمارس إلا في نطاق ما يجيزه القانون، لهذا الاعتبار تبدو اختصاصات الدولة متميّزة تماما عن اختصاصات الأشخاص العامة الفرعيّة.

139- ويؤدي إحداث الأشخاص الفرعيّة داخل الدولة الموحّدة إلي تشعّب النظام الإداري إذ تدخل الدولة - بوصفها الشخص الأصلي - في علاقة مع الأشخاص العامة الفرعية، وتتجسّم هذه العلاقة في الرقابة التي تسلّطها الدولة على هياكل وأعمال الأشخاص الفرعيّة ، وتعرف هذه الرقابة **برقابة الإشراف** التي تهدف إلى تحقيق غايتين أساسيتين : **فرض احترام الشرعية** على الأشخاص العمومية الفرعيّة من جهة والتأكّد من حسن التصرّف في الشؤون الراجعة بالنظر إلى الأشخاص الفرعيّة من جهة أخرى.

140- وأيا كان الشأن فإن رقابة الإشراف تبدو **أقلّ عمقا إزاء الجماعات المحلّية منها إزاء الأشخاص المرفقية** بحكم ما للجماعات المحلية من حرّية في اختيار هياكلها عن طريق الانتخاب، فلا يمكن لممثّلي الدولة مثلا أن يتولوا تعيين

رؤساء البلديات أو توجيه الأوامر إليهم، وعلى عكس ذلك وبالرغم من تمتّع المؤسّسات العمومية بالشخصية المدنية والاستقلال المالي فإن رقابة الإشراف تكتسي أكثر حدّة إزاء هذه التنظيمات، إذ تحتفظ الدولة عادة (فيما عدا بعض الحالات النادرة الخاصة بالمؤسّسات والهيئات ذات الهياكل المنتخبة كالكليّات والهيئات المهنيّة) بسلطة التعيين والتأديب، وهو ما حدا بجانب من الفقه إلى نفي الصبغة اللاّمركزية في جانب المؤسّسات العموميّة[133].

2 – مفهوم رقابة الإشراف

141- يمكن تعريف رقابة الإشراف بأنها **الرقابة الإدارية التي تمارسها الدولة أو الجماعات المحليّة على الأشخاص العمومية المستقلّة**، فلا تكون هذه الرقابة مقصورة على الدولة، إذ يمكن للجماعات الترابية أيضا إحداث مؤسّسات عمومية و إخضاعها للرقابة بواسطة هذه الوسيلة، وهو ما يتأكّد من خلال ما جاء بالفصل 130 جديد من القانون الأساسي للبلديات[134] من أنه " يمكن للبلديات إحداث مؤسسات ذات الشخصية المعنويّة والاستقلال المالي للتصرّف في مرافقها العامة".

ومن جهة أخرى، وبحكم أن الإشراف ينصبّ على أشخاص عمومية فرعيّة محدثة بمقتضى قوانين الدولة، فلا يمكن أن نتصوّر قيام هذه الرقابة دون نص يؤسّسها ويحدّد مداها، وهو ما يعبّر عنه بالمقولة التالية : **" لا رقابة إشراف بدون نصّ ولا رقابة فيما يتجاوز النصّ"**؛ تقول المحكمة الإدارية في هذا الشأن: "حيث أن من القواعد الأساسيّة في القانون العام أنه لا إشراف بدون نص وأن سلطة الإشراف لا تمتلك من الصلاحيات إزاء الهيئة التي تتولّى الإشراف عليها إلا ما تمكنها منها القوانين والتراتيب بصورة صريحة"[135]

[133] انظر بالخصوص : J. Rivero et J. Waline - *Droit administratif*, et suiv. op. cit. n° 325

[134] كما وقع تنقيحه بمقتضى القانون الأساسي عدد 48 المؤرخ في 17 جويلية 2006

[135] م.إ.، اب.، تس.، 1 مارس 2002، عدد 16403، سلم البحري ومن معه / رئيس بلدية حمام الشط، غير منشور

وتبدو هذه الرقابة أقل حدّة من السّلطة الرئاسية، ذلك أنها تنفي- نظريّا - تعيين الهياكل الخاضعة للرقابة وتوجيه الأوامر إليهم، وإلا وقع إهدار استقلاليّة الهيئات اللاّمركزية وطمس المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التنظيم اللامركزي.

على أن واقع الأنظمة السياسية المتسلّطة يؤدي إلى إفراغ هذه المبادئ من كل محتوى.

ب- وسائل رقابة الإشراف

تنصبّ هذه الرقابة على الهياكل من جهة وعلى الأعمال من جهة أخرى

1-الرقابة على الهياكل

142- تكتسي هذه الرقابة **صبغة متفاوتة الدرجة سواء كانت منصبّة على هياكل منتخبة أو على هياكل معيّنة**[136]، ويتجلى ذلك من خلال الإجراءات التي يمكن أن يتّخذها الإشراف في مواجهة الهياكل الخاضعة للرقابة.

143- وتبدو **سلطة التعيين** من أنجع وسائل الإشراف، غير أن هذه السلطة لا تمارس إلا إزاء المؤسّسات العامة التي يقع تعيين هياكلها المسيّرة من طرف السلطة التنفيذيّة، وبما أن هذا الأسلوب يتنافى مع روح اللامركزية التي تعني الاعتراف للأشخاص العمومية بحرّية اختيار أعضائها ومسيريها، فهناك من يرفض تصنيف هذه المؤسّسات ضمن التنظيم اللامركزي[137].

144- فيما عدا هذا الأسلوب تتجسّم رقابة الإشراف على الهياكل في الإجراءات التأديبية التي تخوّل - في حالات محدّدة - **عزل الرئيس أو حلّ المجلس التفاوضي**[138]، غير أن الأمر لا يمكن أن يصل إلى تعويض الهياكل المعزولة.

---

[136] راجع : Maspétiol et Laroque , *La tutelle administrative* , Paris, Sirey 1930.

[137] R.Chapus- *Droit administratif général*, op.cit., n°557

[138] انظر الباب الثالث من الجزء الماثل أسفله

2- الرقابة على الأعمال

145- تكتسي رقابة الإشراف على الأعمال نوعا من التدرّج بدءا بحق الإبطال، مرورا بحق الموافقة، وصولا إلى حق الحلول.

* سلطة الإلغاء

يجب التمييز هنا بين حالتين :

146- تتمثّل الأولى في الحالة التي تكون فيها قرارات الهياكل المحليّة **لاغية بمفعول القانون**، ومثال ذلك المداولات التي يتّخذها المجلس البلدي خارج مجال اختصاصه، ففي هذه الصورة يكون الإشراف في حالة اختصاص مقيّد، إذ لا يمكن له الامتناع عن اتّخاذ قرار في إلغاء أو تعديل العمل المعيب[139].

147- وتتمثّل الثانية في الصور التي تكون فيها أعمال الهياكل المحليّة **قابلة للإلغاء** فقط، ومثال ذلك حالة مشاركة عضو من أعضاء المجلس التفاوضي في مداولة ثبت أن له فيها مصلحة شخصية، في هذه الحالة لا تكون السّلطة الإدارية ملزمة بإلغاء العمل المعيب، بل لها الحرّية التامة في اتّخاذ قرار في الإلغاء أو الامتناع عن القيام بذلك.

* سلطة المصادقة

148- لا تكون أعمال الأشخاص العامة نافذة إلا بعد **المصادقة** عليها من قبل سلطة الإشراف، ومثال ذلك مداولات مجالس الجماعات الترابيّة المتعلّقة بالميزانيّة أو بالتفويت في جزء من الملك الخاص، ولا تحتاج هذه المصادقة للتعبير الصريح إذ يمكن أن تكون ضمنيّة، تتمثّل في إضفاء الصبغة التنفيذيّة على القرارات الخاضعة للمصادقة بمجرّد انقضاء أجل محدّد دون أن تعبّر السّلطة المختصّة عن اعتراضها الصريح على هذه القرارات، ومثال ذلك مداولات المجلس البلدي التي لا تكون نافذة إلا بعد انقراض أجل قدره 15 يوم من تاريخ إيداعها بسجلّ خاص بمقرّ الولاية[140].

---

[139] انظر رقم 250 أسفله

[140] انظر رقم 251 أسفله

* سلطة الحلول

149- تخوّل هذه السلطة للإشراف **الحلول** محلّ السّلطة المختصّة للقيام عوضا عنها بالأعمال التي يفرضها القانون، ويكون ذلك في صورة تقاعس صاحب الاختصاص المتواصل، ولا يمكن للإشراف ممارسة هذا الحقّ إلا بعد التنبيه على السّلطة المختصّة بالقيام بما أوجبه القانون وثبوت التقاعس في جانب السلطة المختصة.

وتمارس هذه السّلطة تحت رقابة القاضي الإداري الذي يمكن له بطلب من السّلطة المحليّة إلغاء قرارات سلطة الإشراف إذا ما بدت له مخالفة للشرعية[141].

141 CE, 6 juin 1902, *Commune de Néris-les Bains*, S 1902.3.81, note Hauriou, GAJA, n° 10

الباب الثاني : التنظيم المركزي

150- يتجلى التنظيم المركزي للإدارة في تونس في شكلين رئيسيين، يتمثّل الأول في إدارة مركزية قائمة في مستوى أعلى الهرم الإداري، ويتمثّل الثاني في إدارة لامحورية قائمة في المستوى الجهوي.

المبحث الأول: الإدارة المركزيّة

151- تتمثّل السّلطات الإداريّة المركزية العليا في تونس في رئيس الدولة والوزير الأول والوزراء، وتمارس هذه السّلطات - في ذات الوقت - وظائف سياسية من جهة، ووظائف إدارية من جهة أخرى، و يصعب التمييز بين ما هو راجع للوظيفة السياسية، وما هو راجع للوظيفة الإدارية، على أنه يمكن القول عموما إن الوظيفة الحكومية تتمثّل في تحديد التوجّهات العامة واتّخاذ القرارات الكبرى، في حين أن الوظيفة الإدارية تهدف إلى تلبية الحاجات اليومية التي تختار الدولة أن تتكفّل بها[142].

ويلاحظ أن العلاقة بين السّلطات الإداريّة المركزية العليا قد شهدت تطورا ملحوظا توازيا مع الأحداث السياسية الكبرى التي عاشتها البلاد منذ إقرار النظام الرئاسي بمقتضى دستور غرة جوان 1959[143].

152- فبعد فترة أولى تميّزت بانفراد رئيس الدولة بسلطة رئاسة الإدارة، تماشيا مع روح النظام الرئاسي الذي يقوم على مبدأ وحدة السّلطة التنفيذية، ظهرت على رأس الإدارة في أواخر الستّينات وعلى إثر فشل سياسة التعاضد، مؤسّسة أخرى تعرف بمؤسّسة الحكومة وعلى رأسها الوزير الأول والوزراء، وأصبح الوزير الأول - بمقتضى أمر 7 نوفمبر 1969 - يشارك رئيس الجمهورية في

142 انظر : J. Moran - Deviller - *Cours de droit administratif*, 10 éme édit. Montchrestien, 2007, p.93 et 94

143 راجع : M.R. Ben Hammed- *Le pouvoir exécutif dans les Etats du Maghreb- Etude comparative* , Thèse , Tunis, 1983 et Y. Ben Achour- *Droit administratif*, op. cit , n° 60 et suiv.

تسيير الإدارة، ولم يتجسّم هذا التوازن الجديد بين السّلطات الذي يمثل تحوّلا جوهريّا في مبادئ النظام الرئاسي إلا بعد تعديل الدستور في 8 أفريل 1976[144]، فقد نصّ الفصل 60 من الدستور كما وقع تنقيحه سنة 1976 أن: "يسيّر الوزير الأول وينسّق أعمال الحكومة ويتصرّف في دواليب الإدارة".

153- ولكن مع التغيير الحاصل على رأس الدولة في 7 نوفمبر 1987 شهدت هذه العلاقة **توازنا جديدا أكثر انسجاما مع الطبيعة الرئاسوية للنظام**، إذ **استرجع الرئيس صفة رئيس الإدارة**، وقد أمكن ذلك في مستوى النصوص القانونية بتعديل الفصل 60 من الدستور مجدّدا بمقتضى القانون الدستوري المؤرخ في 25 جويلية 1988 بحذف عبارة " يتصرّف (الوزير الأول) في دواليب الإدارة "[145]، غير أن هذا التغيير لم يأت تماما على ازدواجية الوظيفة الإدارية على رأس الدولة.

الفرع الأول : ازدواجية الوظيفة الإداريّة على رأس الدولة

154- يوّزع الدستور الوظائف الإداريّة الأفقيّة بين رئيس الجمهورية من جهة والوزير الأول من جهة أخرى بشكل يفيد خضوع السّلطة الثانية للسّلطة الأولى دوم تنفي ممارسة الوزير الأول لمشمولات إداريّة ذاتيّة.

الفقـرة الأولى: الوظيفـة الإداريـة لرئيـس الجمهـوريّة

155- يبدو **دور رئيس الدولة في المنظومة الإداريّة التونسية صعب التحديد بالنظر إلى تداخل سلطاته السياسيّة وسلطاته الإداريّة**، وتؤدي هذه الظاهرة إلى الاهتمام بهذه المسألة في نطاق درس القانون الدستوري[146].

[144] حول هذا التنقيح انظر :
S. Chaabane – *Le système constitutionnel tunisien à travers la réforme de 1976*, AAN, 1997
A. Mestre – *La révision constitutionnelle du 8 avril 1976*, Mél. Marty, p et suiv.

[145] بخصوص هذه المسألة انظر :
محمد رضا بن حمّاد- العلاقات بين رئيس الجمهورية والوزير الأول، المجلّة القانونيّة التونسيّة 1990، ص. 13 وما يتبع.

[146] راجع: البشير التكاري- مدخل إلى القانون الإداري، المرجع السابق، رقم 164

على أن أحكام الدستور- **وبخاصة إثر تعديل سنة 1988- لا تترك مجالا للشكّ في احتلال هذه السّلطة أعلى رتبة في هرم الهياكل الإداريّة**، فرئيس الجمهوريّة يمارس السّلطة التنفيذيّة بمساعدة حكومة يرأسها الوزير الأوّل (الفصل 37)، وهو الذي يعيّن الوزير الأوّل والوزراء باقتراح من الوزير الأول، ويرأس مجلس الوزراء (الفصل 50)، والمجالس الوزارية المضيقة المختصّة لمعالجة ملفات محدّدة، وله أن ينهي مهام أعضاء الحكومة باقتراح أو بدون اقتراح من الوزير الأول (الفصل 51).

وتبرز هذه المكانة أيضا من خلال واقع العمل الإداري والدور المتنامي لمصالح الرئاسة[147].

أ- المصالح الإداريّة التابعة للرئاسة

156- إن المتأمّل في تنظيم مصالح رئاسة الجمهوريّة بعد التغيير الحاصل على رأس الدولة في أواخر سنة 1987 لا يفوته أن يلاحظ الدعم المتواصل لهذه المصالح التي أصبحت تمثّل بمثابة **الحكومة الموازية للحكومة**، إذ أصبح بإمكانها التدخّل في جميع مجالات العمل الإداري. ولا تخضع هذه المصالح في تدخّلاتها لقيود قانونية محدّدة، ولا تكون مسؤولة إلا أمام رئيسها المباشر الذي يحدّد لها مهامها ويمنحها الوسائل اللاّزمة لتحقيقها، من هذه الزاوية تبدو مصالح الرئاسة هياكل إداريّة خارجة عن التنظيم الإداري التقليدي، ويتأكّد ذلك بالرجوع إلى الأمر عدد1953 المؤرخ في 26 نوفمبر 1990 المتعلّق بتنظيم مصالح رئاسة الجمهوريّة والأمر عدد1954 الصادر بنفس التاريخ والمتعلّق بالنظام المنطبق على أعضاء الديوان الرئاسي.

157- ويتمتّع رئيس الجمهورية بحريّة مطلقة في اختيار مساعديه المباشرين إذ يمكن له اختيارهم من بين أعوان الدولة المباشرين أو المتقاعدين أو

[147] راجع : H. Ben Salah - *L'organisation administrative*, op.cit, p.64 et suiv. et M. Beltaïef- *La présidence de la République* , Mémoire D.E.A de droit public, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis , 1993.

حتى من خارج السلك الإداري وفقا لمقتضيات الأمر عدد 251 المؤرّخ في 26 فيفري 1988 المتعلّق بالسلك الخاص للمستشارين لدى رئاسة الجمهوريّة، ويرتّب هؤلاء ترتيبا تفاضليا يحتلّ فيه مدير الديوان الرئاسي المكانة الأولى، ويتجسّم هذا الامتياز في إسناده مرتبة وزير دولة، ويليه في الترتيب وزير الدولة المستشار الخاص لدى رئيس الجمهورية، ثم المستشارون بمختلف الأصناف (مستشارون أولون برتبة كاتب دولة، مستشارون لدى رئيس الجمهورية، مستشارون ملحقون لدى الرئيس)، ويتولّى المستشارون القيام بالأعمال التي يعهد بها إليهم الرئيس ودرس المسائل الأخرى التي يكلّفهم بمتابعتها.

158- وباستثناء المستشارين الذين يخضعون مباشرة لسلطة الرئيس فإن بقيّة المصالح الإدارية للرئاسة – ماعدا المصالح المشتركة – تخضع لسلطة الوزير المكلّف بالديوان، وتشمل هذه الهياكل مصالح التشريفات التي تسهر على تنظيم لقاءات الرئيس وتنقّلاته وتنقّلات رؤساء الدول والحكومات والشخصيات الأجنبية، تضاف إليها مصالح الإعلام المكلّفة بمتابعة أنشطة الرئيس وبالعلاقات مع وسائل الإعلام ومتابعة الأحداث الوطنيّة والدوليّة.

159- ويعتبر الكاتب العام للرئاسة هيكلا جديدا في المنظومة الإدارية للرئاسة، تمّ إحداثه بمقتضى الأمر عدد2662 لسنة 1999 المؤرخ في 17 نوفمبر 1999 المتعلّق بتسمية كاتب عام لرئاسة الجمهورية، ولئن لم يحدّد الأمر المذكور المشمولات الإدارية لهذا الهيكل فإنه من الأكيد أنه سيكلّف بالإشراف على المصالح المشتركة وبالتصرّف في الوسائل المالية والبشرية التي كانت تتبع مدير الديوان. ومما يفيد ذلك هو صدور الأمر عدد292 المؤرخ في 27 جانفي 2001 الذي حوّل الاختصاص المتعلّق بالإذن بالدفع بالنسبة إلى ميزانية الرئاسة من مدير الديوان إلى الكاتب العام للرئاسة.

ب-الاختصاصات الإداريّة لرئيس الدولة

160- بقطع النظر عن **السلطات الإدارية الاستثنائية** التي قد يلجأ إليها رئيس الدولة في حالة الاستثناء التي سنعود لها لاحقا بالتفصيل[148]، يمارس رئيس

148 انظر: رقم 388 وما يتبع أسفله

الجمهوريّة نوعين من الاختصاصات الإداريّة، إذ يسند الوظائف العليا المدنيّة والعسكريّة ويمارس السّلطة الترتيبية العامة.

1-التعيين في الوظائف العليا المدنيّة والعسكريّة

161- يقتضي الفصل 55 من الدستور أن رئيس الجمهورية يسند باقتراح من الحكومة الوظائف العليا المدنية والعسكرية، وله أن يفوّض إسناد البعض منها إلى الوزير الأوّل، وهو ما يخوّل له مراقبة كافة المصالح الإدارية المتفرّعة عن الدولة، **فتعيين رؤساء الإدارات المركزية والولاّة ورؤساء الجامعات ومديري المؤسّسات والمنشآت العمومية يخوّل لرئيس الدولة السّيطرة على كامل الجهاز الإداري**، خصوصا وأنه يمارس في هذا المجال سلطة تقديريّة مطلقة لا تتقيّد إلا " باقتراح الحكومة " وهو ما يعني – عمليا – أن اختيار الموظّف السامي المناسب يكون على أساس قائمة من المرشّحين تقدّم من قبل عضو الحكومة المعني مباشرة بقرار التعيين.

2- ممارسة السّلطة الترتيبية العامة

162- يمكن تعريف السّلطة الترتيبية بأنها السّلطة التي تخوّل لصاحبها اتّخاذ القرارات الإدارية العامة والمجرّدة[149]، وتكون السّلطة الترتيبيّة عامة عندما تتعلّق بمجالات إداريّة غير محدّدة من الناحيتين الماديّة والترابيّة، أي عندما يمكن سحبها على مختلف المسائل الإداريّة بدون تحديد، وعلى كامل أنحاء تراب الجمهوريّة، وتكون خاصة عندما تكون متعلّقة بمجالات محدّدة، ومقرّرة بمقتضى نصوص قانونية خاصة.

وتنحدر السّلطة الترتيبية العامة التي تعود بالنظر إلى رئيس الجمهورية من الفصل 53 من الدستور الذي ينص أن: " يسهر رئيس الجمهورية على تنفيذ القوانين ويمارس السّلطة الترتيبية العامة وله أن يفوّض كامل هذه السّلطة أو جزءا منها للوزير الأوّل".

149 R. Chapus- *Droit administratif général*, op. cit. n° 649 et su

163- ويجدر الذكر أن **هذا الاختصاص " التشريعي " قد تدعّم بمقتضى القانون الدستوري المؤرخ في 27 أكتوبر 1997** الذي حدّد مجال القانون ونص في فصله 35 الجديد **أنه** " ترجع إلى السّلطة الترتيبية العامة المواد التي لا تدخل في مجال القانون" [150]، وقد أدى هذا التحوير إلى إحداث فئتين من السّلطة الترتيبيّة العامة :

- **سلطة ترتيبية تقليدية** تتمثّل في اتّخاذ القرارات اللازمة لتنفيذ القوانين
- و**سلطة ترتيبية مستقلّة** تتمثّل في اتّخاذ القرارات بصفة مبدئية دون أن تكون خاضعة للقانون.

ولحماية هذا الاختصاص خوّل الفصل 35 جديد من الدستور للرئيس أن يدفع بعدم قبول مشروع قانون يدخل في مجال اختصاصه الترتيبي، فعليه في هذه الحالة أن يعرض المسألة على المجلس الدستوري لإبداء الرأي فيها، كما له أن يتّخذ أوامر ترتيبية في مجالات لم تعد من اختصاص القانون كما وقع تحديده بمقتضى الفصل 34 جديد من الدستور.

164- ونشير من جهة أخرى إلى أن أعضاء الحكومة يشاركون بقدر محدود رئيس الدولة في ممارسة هذه السّلطة، وذلك عن طريق تأشير الأوامر ذات الصبغة الترتيبيّة طبقا لما يقتضيه الفصل 54 فقرة ثانية من الدستور، وهو أمر طبيعي بالنظر إلى تشعّب المسائل الإداريّة وما يقتضيه ذلك من تخصّص.

165- غير أن عبارة " التأشيرة " هنا تفتقد إلى الدقّة ولا تتماشى مع المعنى الحقيقي لهذه اللفظة، فالتأشيرة تفيد توقيع السّلطة العليا على قرارات السّلطة الدنيا قبل الإذن بنشرها وإعطائها النفوذ القانوني، وهو ما يختلف عن الإجراء المقرّر بمقتضى الفصل 54 من الدستور الذي لا يهدف في الحقيقة إلا لتأكيد المسؤوليّة

[150] حول السّلطة الترتيبية العامة انظر : Y. Ben Achour- *Le pouvoir réglementaire général et la constitution*, Mél. Ayadi, CPU, 2000

السياسيّة لأعضاء الحكومة عند إعدادهم للأوامر الترتيبيّة، وكان من الأجدر أن ينعت هذا الإجراء **بإعادة الإمضاء**[151].

الفقرة الثانية : الوظيفة الإداريّة للوزير الأول

166- تمثّل **الوزارة الأولى أهمّ الإدارات المركزيّة للدولة ذات الصلاحيّات الإدارية الأفقيّة.**

ويعود تاريخ إحداث الوزارة الأولى إلى صدور أمر 7 نوفمبر 1969 الذي عوّض مؤسّسة كتابة الدولة للرئاسة بالوزارة الأولى وحدّد لها صلاحياتها، ثمّ جاء التنقيح الدستوري المؤرّخ في 8 أفريل 1976 لإضفاء الصبغة الدستوريّة على هذا التغيير.

أ-المصالح الإداريّة للوزارة الأولى

167- ينظّم الأمر عدد133 لسنة 1971 المؤرخ في 10 أفريل 1971 مصالح الوزارة الأولى، ويبرز تنظيم هذه الوزارة وظيفة التنسيق الموكولة لها داخل المنظومة الإداريّة والتي تتولاّها بواسطة الديوان[152] والإدارات العامة ومصالح الرقابة[153].

وتتميّز الوزارة الأولى بجمعها لجملة من الإدارات تؤكّد علويّة هذه الوزارة على بقيّة الوزارات.

168- وتساهم إدارة الوظيفة العمومية والإصلاح الإداري في دعم دور الوزارة الأولى في المنظومة الإدارية، فهذه المؤسّسة - التي تتّخذ شكل كتابة دولة معتمدة لدى الوزير الأول - تخوّل للوزارة الأولى الإشراف على كافة دواليب الإدارة، وتقويم العمل الإداري، واتّخاذ التدابير اللازمة للقيام بالإصلاحات الإدارية الضروريّة.

[151] البشير التكاري- مدخل إلى القانون الإداري، المرجع السابق، رقم 176 و ما يتبع
[152] حول هذه المؤسّسة انظر رقم 179 أسفله
[153] حول هذه الهياكل: انظر رقم321 وما يتبع أسفله

وتمثّل طريقة الاعتماد لدى الوزير الأول أسلوبا ناجعا في دعم الاختصاصات الإداريّة للوزير الأول، إذ أصبحت تمتدّ إلى مواد عديدة من مجال العمل الإداري (الشؤون الدينية، البحث العلمي، الإعلاميّة، التنمية الاقتصاديّة، الخ)

169- ولا يفوتنا أن نلاحظ أن الوزير الأول يرأس عدّة مجالس، منها من هو مزوّد باختصاصات تقريّرية، ومنها من هو مزوّد بمجرّد اختصاصات استشاريّة (اللجنة الوطنية للتنمية المستديمة، المجلس الأعلى للشباب، المجلس الأعلى للتكوين المهني والتشغيل، اللجنة الوطنيّة لإعادة هيكلة المنشآت العموميّة، الخ)، وهو ما يخوّل له توجيه العمل الإداري في أهمّ فروعه.

ب- المشمولات الإداريّة للوزير الأول

170- نتولّى عرض مشمولات الوزير بالرجوع إلى نصّ الدستور وإلى بقيّة النصوص القانونيّة.

1- الاختصاصات المسندة للوزير الأول بمقتضى الدستور

171- ينصّ الفصل 60 جديد من الدستور أن **الوزير الأول يسيّر وينسّق عمل الحكومة**، ويلاحظ أن هذه **الأحكام التي أقرّها التعديل الدستوري المؤرخ في 25 جويلية 1988 قد نزعت عن هذه السّلطة صلاحية " التصرّف في دواليب الإدارة**"، تماشيا مع طبيعة النظام السياسي التونسي[154] الذي يسند التصرّف في دواليب الإدارة وفي القوّة العامة إلى رئيس الجمهورية بوصفه رئيس السّلطة التنفيذية[155].

وأيّا كان الشأن فإن تسيير وتنسيق عمل الحكومة يتجسّم في مستوى العمل الإداري في المشمولات التالية:

- ممارسة السّلطة الترتيبية العامة في صورة تفويضها له من قبل رئيس الجمهورية (الفصل53، فقرة ثانية من الدستور)

[154] حول هذه المسألة انظررقم 153 أعلاه

[155] انظر : البشير التكاري- مدخل إلى القانون الإداري، المرجع السابق رقم 176

- تقديم الترشح للتعيين في الوظائف العليا المدنية والعسكرية (الفصل55 من الدستور)

- **تأشير الأوامر ذات الصبغة الترتيبية** (الفصل 54 من الدستور)

2- الاختصاصات الراجعة للوزير الأوّل بمقتضى النصوص الأخرى

172- وقع تحديد هذا الاختصاص بمقتضى الأمر عدد 400 المؤرّخ في 7 نوفمبر 1969 المحدث للوزارة الأولى والمحدّد لمشمولات الوزير الأوّل.

وطبقا لهذا النصّ :

- يتولّى الوزير الأوّل **تسيير الشؤون العامة للدولة** (الفصل 5، فقرة أولى من الأمر المذكور)

- **ومراقبة كامل قطاع الوظيفة العموميّة**

- **وتأشير ما يتّخذه الوزراء والوزراء المعتمدون من قرارات ترتيبية والبعض من قراراتهم الفرديّة** (الفصل 5 من الأمر)

- **نشر النصوص القانونية بالجريدة الرسمية، وإجراء الرقابة على مختلف المرافق العمومية**

- **إصدار المناشير التفسيرية للقوانين وللأوامر ذات الصبغة الترتيبية**

- السهر على إعداد ميزانية الدولة واتّخاذ قرارات التحكيم في هذا الشأن

الفرع الثاني : التنظيم الوزاري

173- لا نجد في دستور غرة جوان 1959 إلا إشارات عارضة إلى هذه المؤسّسة، إذ أن النص الدستوري لا يتحدّث عن الوزراء، وإنما عن أعضاء الحكومة، ولا يتعرّض لهؤلاء إلا بصفة مقتضبة للتأكيد على أن تسميتهم وإنهاء مهامهم يعود إلى رئيس الدولة (الفصلان 50 و51 من الدستور)، وعلى أن الحكومة تكون مسؤولة عن تصرّفها أمام رئيس الجمهورية (الفصل 59)، وعلى

أن أعضاءها يؤشّرون الأوامر ذات الصبغة الترتيبية (الفصل 54)، ويقترحون إسناد الوظائف العليا المدنية والعسكرية (الفصل 55).

فيما عدا هذه الأحكام **لا نجد في الدستور ولا في القوانين تحديدا لدور الوزارة ولا لطرق تنظيمها وسيرها، لذا يعود هذا الاختصاص بصفة تقليديّة إلى السّلطة الترتيبيّة العامة.**

وقبل بيان طرق التنظيم الوزاري ومشمولات الوزراء يكون من المفيد استعراض تطوّر هذه المؤسّسة في تونس.

الفـقرة الأولى : تطوّر مـؤسّسـة الـوزارة

174- تعتبر المؤسّسة الوزاريّة ظاهرة قديمة في المجتمعات البشريّة بوجه عام، فكلمة " الوزير" التي لها أصل فارسي قد انتشرت منذ انتصاب الخلافة العبّاسية ثم وقع دعمها خلال الفترة العثمانيّة.

وقد أخذت الدولة الحسينيّة بهذا الأسلوب في التنظيم، إذ تميّز عهد البايات بإحداث بعض الوظائف الوزاريّة[156].

وقد تغيّرت هذه التسمية إثر الاستقلال تماشيا مع مبادئ النظام الرئاسي، فعوّضت كلمة " الوزير" بعبارة " كاتب الدولة"، ومع المنعرج الحاصل في أواخر الستّينات تمّ الرجوع إلى هذه التسمية بمقتضى أمر 7 نوفمبر 1969 الذي أحدث الوزارة الأولى، ثم جاء القانون الدستوري المؤرخ في 8 أفريل 1976 ليؤكّد هذا الخيار الذي يرتبط في الأنظمة الحديثة بالنظام البرلماني.

175- ويتميّز **التنظيم الوزاري بالتضخّم والتنوّع وعدم الاستقرار**، ويتجلّى ذلك في التطوّر المستمرّ للهياكل الوزاريّة، إذ ارتفع عدد الوزارات في الحكومة

[156] بمقتضى أمر 27 فيفري 1860، حول هذا التنظيم انظر :
M. Mabrouk- *Administration et personnel administratif*..., op.cit.

الأخيرة إلى 28 وزارة و18 كتابة دولة[157] بعد أن كان لا يتجاوز 12 وزارة في الحكومة الأولى للاستقلال[158].

ومن جهة أخرى تشهد هذه المؤسّسة **تدرّجا في المسؤوليّات**، إذ نجد إلى جانب الوزراء الذين يشرفون على مصلحة وزاريّة ويشاركون بهذه الصفة في مجلس الوزراء، كتّاب دولة لدى الوزير الأوّل أو لدى وزير من الوزراء[159].

176- وتتمتّع بعض الوزارات بنوع من الاستقرار نذكر منها وزارات السيادة، كالعدل والدفاع والداخليّة والخارجيّة، في حين تتميّز هياكل وزاريّة أخرى وخاصة منها الهياكل ذات الصبغة الاقتصاديّة بعدم الاستقرار، ومثال ذلك وزارة الاقتصاد والمالية التي شهدت تغييرات عديدة منذ الاستقلال[160].

177- **ويخضع التنظيم الوزاري إلى مبدأ التخصّص** الذي يعني تقسيم العمل الإداري إلى مرافق (الأمن، الدفاع، المالية، الخ) وتكليف كل هيكل وزاري بمهمّة تسيير مرفق معيّن ومنعه من تجاوز المجال المحدّد له، ويجب التمييز بين **التخصّص العمودي** (الصحّة أو التعليم) **والتخصّص الأفقي** الذي يعني أن تختصّ وزارة من الوزارات بمسائل تهمّ مختلف أوجه التنظيم الإداري، ومثال ذلك وزارة الماليّة المكلّفة بإعداد ميزانيّة الدولة وتوفير الموارد الماليّة لمختلف أجهزة الدولة والتي تعتبر من هذه الوجهة وزارة متميّزة عن بقيّة الوزارات.

الفقرة الثانية – المصالح الإدارية للوزارات

178- يقع **تنظيم الوزارة بأمر**، وتتركّب الوزارة من جملة من الهياكل منها ما **يرتبط عضويا بالوزير** ومنها ما يشكّل عناصر قارة لا تتأثّر بالتغييرات التي قد

[157] انظر الأمر عدد 2644 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المتعلّق بتسمية أعضاء الحكومة
[158] انظر الأمر عدد1 لسنة 1957 المؤرخ في 29 جويلية 1957 المتعلّق بتسمية أعضاء الحكومة، الرائد الرسمي عدد1 لسنة 1957، ص. 17
[159] انظر الأمر عدد 1260 المؤرخ في16جوان 2003 المتعلّق بتسمية كاتب دولة لدى وزير الفلاحة
[160] حول هذا الموضوع راجع: M. Chaker – *Administration publique et développement économique* thèse, Paris, 1975

تطرأ على رأس الإدارة بحكم أنها تهدف إلى ضمان استمراريّة المرفق الوزاري مهما اختلف الوزراء واختلفت توجّهاتهم.

وتتمثّل هذه الهياكل في ديوان الوزير من جهة [161] وفي الكاتب العام للوزارة والإدارات الفنّية المركزية من جهة أخرى تضاف إليها الهياكل والهيئات الاستشاريّة وهياكل الرقابة والتفقّد والمصالح الخارجيّة التي سيقع عرضها لاحقا.

أ- ديوان الوزير

179- يتمثّل **الديوان في خليّة مضيّقة** متكوّنة من المساعدين المباشرين للوزير تكون مكلّفة " **بمساعدة الوزير في مختلف أوجه نشاطه** "، **يقع تعيين أعضائها بأمر رئاسي باقتراح من الوزير المعني بالأمر**[162] وهو ما من شأنه أن يحدّ من حرّية الوزير في اختيار مساعديه المباشرين.

ويرتبط عمل الديوان ارتباطا وثيقا بالوزير، إذ تمثّل هذه الخليّة **همزة الوصل بين الوزير ومختلف المصالح التابعة للجهاز الإداري**، ويتكفّل الديوان بعلاقات الوزارة مع محيطها الخارجي وخاصة بالقضايا التي لها وقع خاص على سياسة الوزارة وعلى صورتها لدى الرأي العام، ويصعب التمييز في نطاق المهام المسندة للديوان بين الوظائف السياسيّة والوظائف الإداريّة البحتة، وقد ساهم ذلك بدرجة كبيرة في تجاوز أعضاء الديوان لحدود اختصاصهم، إذ أصبحوا يتدخّلون في مسائل تعود تقليديا إلى بقيّة مصالح الوزارة (إعداد النصوص التي تهمّ القطاع، تنسيق عمل المصالح الفنية، الخ)، وهذا الوضع لا يخدم مصلحة وحدة العمل الإداري الذي يفترض الانسجام ولا التنافس على الوظائف.

180- ويترأس الديوان رئيس **يمكن اعتباره بمثابة الممثّل الشخصي للوزير**، يعوّض هذا الأخير عندما يتعذّر عليه الحضور، ويتمتّع للغرض بتفويضات

[161] حول هذا الهيكل انظر :
H. Zribi- *les cabinets ministériels en Tunisie*, Mém. D.E.A, Tunis, 1982

[162] طبقا لمقتضيات الأمر عدد2231 المؤرخ في 18 نوفمبر 1996 المنقّح للأمر عدد843 المؤرخ في 18 سبتمبر 1976 والمتعلّق بضبط النظام المنطبق على أعضاء الدواوين الوزارية

واسعة في الاختصاص وفي الإمضاء[163]، كما يتولّى تنسيق عمل أعضاء الديوان الذين ينقسمون إلى صنفين من الأعضاء:

- الأعضاء المكلّفون بمهمّة، وهم من العناصر القارة في الديوان، يختلف عددهم باختلاف الجهاز الوزاري، ويمارسون اختصاصات تقترن عادة بالتوجّهات الكبرى للقطاع

- الأعضاء الملحقون الذين يضطلعون بمهام محدّدة

ب- الكاتب العام للوزارة

181- يعدّ **الكاتب العام من العناصر القارة للإدارة المركزية** يمارس اختصاصات تتمثّل في **التنسيق بين مختلف المصالح التابعة للوزارة**، وهو ما يؤدي - في بعض الأحيان - إلى نوع من **التنافس في الاختصاص بينه وبين رئيس الديوان**، وقد أدى ذلك - في العديد من الوزارات - إلى حذف هذه الخطّة التي لم تبق قائمة إلا في عدد محدود من الوزارات: المالية، الخارجية، الفلاحة، الصحّة، والداخلية.

ولضبط مجال اختصاص رئيس الديوان من جهة والكاتب العام من جهة أخرى يمكن القول بصفة عامة إن الأول يختصّ أساسا بالمسائل السياسية في حين أن نظر الثاني يقتصر على المسائل الإدارية الصرفة.

ج- الإدارات الفنيّة

182- وهي **هياكل إدارية متدرّجة** في شكل إدارات عامة وإدارات مركزية ومصالح خارجيّة تمثّل العناصر القارة للجهاز الوزاري، ويختلف عدد الإدارات الفنّية ونوعها من وزارة إلى أخرى، فوزارة الفلاحة مثلا تشتمل على ما لا يقلّ عن تسع إدارات عامة، نذكر من بينها الإدارة العامة للإنتاج الفلاحي التي تتفرّع بدورها إلى خمس إدارات وإدارة فرعيّة مشتركة[164].

[163] حول التفويض انظر رقم 707 و708 أسفله

[164] انظر الأمرعدد419 لسنة 2001 المؤرخ في 13 فيفري 2001 المتعلّق بضبط مشمولات وزارة الفلاحة.

وتمارس هذه الإدارات اختصاصات عموديّة تهدف إلى تلبية الحاجات اليوميّة لمنظوري الإدارة، وهذا الاختصاص يختلف عن الاختصاصات الأفقيّة التي تمارسها المصالح المشتركة للوزارة والتي يتمثّل دورها في توفير ما يلزم من وسائل ماليّة وبشريّة لكافة الهياكل الوزاريّة (ومثال ذلك الإدارة العامة للمصالح الإداريّة والماليّة بوزارة الفلاحة).

183- **ويتميّز تنظيم الإدارة المركزيّة باعتماد الأسلوب البيروقراطي** الذي يعني - في جانبه الإيجابي - العقلانية في توزيع الوظائف الإدارية والكفاءة والتخصّص وتأسيس العمل الإداري على قواعد موضوعيّة مكتوبة، ونبذ جميع أشكال التملّك بالوظائف الإدارية، وجعل أصحابها خاضعين فقط لسلطان القانون[165]، أما في جانبه السلبي فهو يعني تنامي القواعد المجرّدة بشكل يجعل من منظوري الإدارة مجرّد أرقام وملفّات ليس لهم وجود ملموس على أرض الواقع، كما يؤدي إلى المركزيّة المفرطة في اتّخاذ القرارات وإلى عدم المسؤوليّة، وهذه المظاهر السلبية تساهم بشكل كبير في فقدان الثقة في العمل الإداري وفي تراجع مصداقيّة الإدارة وتؤثّر في نوعيّة الخدمات وتؤدي إلى البطء في معالجة المسائل الإداريّة والقضاء على روح المبادرة والتجديد.

الفقرة الثالثة : الوظائف الإداريّة للوزير

184- **لا تتمتّع الوزارة بالشخصية المعنوية**، فهي مجرّد تنظيم داخلي من تنظيمات الدولة[166]، على هذا الأساس يمارس الوزراء صلاحياتهم باسم الدولة، فهم بهذه الصفة آمرو صرف رئيسيين لميزانية وزاراتهم، وهو ما يعني أنهم يتصرّفون

[165] انظـر : M. Weber- *le savant et le politique* , Paris , Union Générale d'Edition , 1959.

[166] وهو ما أكدته المحكمة الإداريّة في قرارها الصادر بتاريخ 7 جويلية 1977، عدد 43، علـي مرزوق/ م.ع.ن.د.، م.، ص. 172:

" حيث يتبيّن أن المشرّع لم يتعرّض للوزارة، بل اقتصر على ذكر الدولة والمؤسّسات العامة ذلك أن الوزارات لا تتمتّع بالشخصيّة المعنويّة، بل تمثل إحدى فروع الدولة "

وحدهم وتحت مسؤوليتهم في الاعتمادات المرصودة بالميزانية (الفصل 85 من مجلّة المحاسبة العمومية).

185- كما يحقّ لهم - في نطاق ما لهم من اختصاص يتعلّق بالسهر على حسن تنظيم المرفق العام الراجع لهم بالنظر - اتّخاذ القرارات العامة والمجرّدة بشرط ألاّ يتعدّى مداها الحدود الداخليّة للمرفق، وهو ما يؤدي إلى الاعتراف لهم بقدر من **السّلطة الترتيبية الذاتيّة**[167]، تضاف إلى **السّلطة الترتيبية الخاصة** التي قد تسند لهم بمقتضى القوانين الجاري بها العمل[168].

186- ومن جهة أخرى وبوصفهم سلطات إدارية مركزيّة فإن الوزراء يوجدون في أعلى درجات التسلسل الإداري، ولهم بالتالي **صفة رئيس الإدارة**، وهو ما يخوّل لهم **ممارسة السّلطة الرئاسية** على كافة أعوان المرفق الوزاري و**رقابة الإشراف** على هياكل المؤسّسات والمنشآت العمومية الراجعة لهم بالنظر[169].

المبحث الثاني : الإدارة اللامحوريّة

187- **تعدّ الولاية الدائرة الترابية الأساسيّة للمصالح الإدارية الجهويّة** الموزّعة على كامل تراب الجمهوريّة والتي تشكّل امتدادا لإدارة الدولة، وتوجد إلى جانب هذه الدائرة الترابيّة الرئيسيّة دوائر أخرى أوسع أو أقلّ امتداد[170]، تمثّل ركائز الأجهزة الإداريّة الجهويّة.

[167] انظر: م.إ.، اب. تس.، 3 جوان 1998، عدد 14228، أحمد شيخ روحه / وزير التربية القوميّة، أ. ك.، رقم 28، ص. 455 و CE 7 février 1936, *Jamart*, GAJA, n° 50

[168] حول السّلطة الترتيبية للوزراء راجع:

C. Wiener- *Recherche sur le pouvoir réglementaire des ministres*, LGDJ, 1970 و رقم197 و198 أسفله

[169] انظر رقم 610 وما يتبع أسفله

[170] راجع : M.Crozier- *le phénomène bureaucratique* , Paris, le Seuil, 1964.

وتكوّن هذه الهياكل المختلفة ما يعرف **بالإدارة اللاّمحوريّة** التي تنفرد بجملة من الخصائص، تختلف عن تلك التي تتعلّق بالإدارة المركزيّة وتتفرّع إلى صنفين أساسيين: اللاّمحوريّة الترابيّة من جهة واللاّمحوريّة المرفقيّة أو الفنيّة من جهة أخرى.

الفـرع الأوّل : الخصائص العامة للإدارة اللامحوريّة

188- يمكن الوقوف على الخصائص المميّزة لهذا التنظيم من خلال الأسباب المؤدية إلى اعتمادها من جهة، ومن خلال الوسائل التي تستخدم في نطاقها من جهة أخرى.

الفقرة الأولى: أسباب اعتماد التنظيم اللاّمحوري

189- تكمن أسباب اعتماد هذا النوع من التنظيم في البحث عن **تقريب الإدارة من منظوريها خدمة لوحدة الدولة** وسعيا لإضفاء الفاعليّة اللاّزمة على العمل الإداري، ويبدو التنظيم اللاّمحوري من طبيعة الأشياء كلّما اقتضى الأمر تركيز مصالح إدارية متخصّصة للقيام بأعمال فنيّة لا يمكن تأديتها إلاّ على عين المكان، ومثال ذلك مدّ الطرقات وصيانتها، وحماية الاقتصاد الوطني من المزاحمة الخارجيّة، وتوزيع شبكة الهاتف والبريد على كامل تراب البلاد[171].

وإضافة إلى هذا فإن اللاّمحورية تمثّل **وسيلة للتخفيف من حدّة التنظيم المركزي** بمعالجة الملفّات الإدارية ذات الصبغة الجهويّة بأكثر سرعة وأقلّ تكاليف واتّخاذ القرارات الملائمة بشأنها دون حاجة للرجوع إلى المركز.

190- ونشير من ناحية أخرى أن **اللامحوريّة توظّف أحيانا لتحقيق أغراض سياسيّة**، ويتمّ ذلك خاصة في الأنظمة السياسية المتسلّطة حيث تتحوّل

[171] انظر : T. Bouachba- *les structures administratives couvrant plus d'un gouvernorat*, in" *Administration et changement* ", IEP de Toulouse et Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis ,1991
J.C. Helin – *l'administration tunisienne sur la voie de la déconcentration*, RTD 1979, II p. 205 et suiv

الهياكل الجهويّة في المواعيد السياسية الكبرى إلى أداة تستخدم لفرض هيمنة النظام الحاكم على كامل مكوّنات المجتمع المدني بعيدا عن مبادئ الحياد والتحفّظ التي يجب أن تبقى في حدودها الإدارة[172].

الفقرة الثانية : وسائل اللاّمحورية

- تمارس الهياكل اللاّمحوريّة سلطاتها عبر وسيلتين أساسيتين :

أ- التفويض

191- ويعني **نقل جزء من اختصاصات السّلطات الإدارية المركزيّة إلى أعوانها وممثّليها بالجهات** دون أن يؤدّي ذلك إلى انفصال هذه الهياكل عن الإدارة المركزيّة.

ومن أبرز مظاهر التفويض في التنظيم الإداري التونسي ما خوّله الفصل 13 من قانون 13 جوان 1975 المتعلّق بضبط مشمولات الإطارات العليا للإدارة الجهويّة من تفويض" أعضاء الحكومة إلى الوالي في كلّ جهة بعض سلطاتهم ".

ونشير في هذا الشأن إلى أن هذه الوسيلة لم تتأكّد بصورة واضحة إلاّ بصدور الأمر عدد 457 المؤرخ في 24 مارس 1989 المتضمن قائمة واسعة من المواد والاختصاصات الوزاريّة (قرابة 300 اختصاص) التي تمّ تفويض الاختصاص فيها وجوبا من أعضاء الحكومة إلى الولاّة، نذكر من بينها التأشير على القوانين الأساسية للجمعيّات الثقافيّة والرياضيّة، ومنح رخص استغلال المقاطع، وإسناد رخص المقاهي من الصنف الثاني والثالث، وإضفاء الصبغة التنفيذية على بطاقات الجبر المعدة من طرف الصندوق القومي للضمان الاجتماعي[173]، الخ.

[172] H. Filali –*les relations entre le parti unique et l'administration dans les Etats d'Afrique francophone* , Thèse , Tunis 1979.

[173] في هذا الإطار اعتبرت المحكمة الإدارية أن تدخل المدير الجهوي للشؤون الاجتماعية لإكساء بطاقة الجبر المطعون فيها بالصيغة التنفيذية نيابة عن وزير الشؤون الاجتماعية و ليس نيابة عن

قبل ذلك لم يصدر إلاّ تفويض وحيد في الاختصاص من وزير الداخليّة إلى الولاّة وقد تم ذلك بمقتضى الأمر عدد 336 المؤرّخ في 1 أفريل 1977.

192- كما يمكن أن نذكر في هذا الإطار وسيلة تفويض الإمضاء التي أقرّها الأمر عدد384 المؤرّخ في 17 جوان 1975 المتعلّق بالترخيص للوزراء وكتّاب الدولة بتفويض حقّ الإمضاء على القرارات الوزاريّة - باستثناء القرارات الترتيبيّة - لمديري الديوان أو للكتاب العامين أو لمديري الإدارات المركزيّة أو لرؤساء المصالح أو لأصحاب الخطط الوظيفيّة، أو تلك التي تجيز لوزير الماليّة تفويض إمضائه لرؤساء المراكز الجهويّة لمراقبة الأداءات عند إصدار قرارات التوظيف الجبري للأداء المقرّرة بمقتضى الفصل 50 من مجلّة الحقوق والإجراءات الجبائيّة[174].

ويمثّل تفويض الاختصاص أو الإمضاء استثناء للقواعد العاديّة للاختصاص ويخضع على هذا الأساس لشروط مشدّدة[175].

ب- الاختصاص الذاتي للسلّطات اللامحورية

193- نؤكّد هنا أنّ **التنظيم اللامحوري لا يتنافى مع إقرار اختصاص ذاتي للسلّطات الجهوية**، فقانون 13 جوان 1975 سالف الذكر قد أسند صلاحيّات ذاتية هامة للولاّة في مجال الضبط الإداري (الفصلان12و21 من القانون المذكور)، كما أن الأمرعدد811 المؤرّخ في 7 أفريل 2003 المتعلّق بضبط مشمولات وزارة الرياضة، المنقّح بالأمر عدد2223 المؤرّخ في 27 أكتوبر2003 قد أسند للمصالح

الوالي كما يقتضيه ذلك الفصل 14 جديد من القانون عدد 62 المؤرخ في 23 جوان 1989 الذي ينص على أن للوالي أن يفوض حق الإمضاء بالنيابة إلى رؤساء المصالح الخارجية بالنسبة للسلطات المفوضة له من أعضاء الحكومة " يجعل البطاقة المذكورة محلاة بالصبغة التنفيذية من سلطة غير مختصة و هو ما يؤدي حتما إلى بطلانها "(م.إ.، تع.،31 أكتوبر 2005، عدد 36128، الشركة التونسية الكويتية للتنمية/الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، غير منشور).

[174] راجع : M. Waline - *délégation de pouvoir et délégation de signature*, RDP, 1966, p.765 et suiv.

[175] M. Midoun – *la délégation en droit administratif*, Tunis, CERP, 1979
انظر كذلك رقم 638 وما يتبع أسفله

الخارجيّة لهذه الوزارة - المندوبيات الجهويّة للرياضة - مهام الإشراف على تنظيم وسير اللقاءات والمباريات الرياضية التي تجرى في نطاق الولاية، وذلك بالتنسيق مع والي الجهة.

وأيّا كان الأسلوب المعتمد لتحقيق اللامحورية فإنها تبقى شكلا من أشكال التنظيم المركزي الذي يعتمد مبدأ التبعيّة الإدارية المتدرّجة ويتميّز بالتالي بقيام الرّابطة الرئاسيّة بين الهياكل المركزيّة والهياكل الجهويّة.

الفرع الثاني : اللاّمحوريّة الترابيّة

194- يقتضي العمل الإداري تقسيم التراب الوطني بشكل يخوّل تلبية الحاجات ذات المصلحة العامة على كامل أنحاء التراب الوطني، ويتجسّم نظام اللامحوريّة الترابيّة في تقسيم التراب إلى دوائر ترابية متدرّجة يوجد على رأس كل واحدة منها عونا من أعوان الدولة.

وتمثّل الولاية الكوكب الأساسي الذي تقع في مداره مختلف الأجهزة الإدارية الترابية للدولة.

ولا بدّ من الانتباه إلى **الازدواج الوظيفي** الذي يتعلّق بهذه الدائرة الإدارية، فالولاية تمثّل في الآن نفسه دائرة ترابية لإدارة لامحوريّة يتولّى شؤونها الوالي ودائرة ترابية لإدارة لامركزية يتولّى شؤونها المجلس الجهوي.

وهذا الازدواج الوظيفي يمتدّ أيضا إلى الوالي الذي يمثّل سلطة لامركزيّة من جهة وسلطة لامحوريّة من جهة أخرى[176].

ويتميّز التقسيم التقليدي بوجود ثلاثة عناصر أساسية هي : الولايات والمعتمديات والعمادات، وينقسم تراب الجمهورية حاليا إلى 24 ولاية[177]، وسنعرض على التوالي فيما يلي أساليب تنظيم المصالح الإداريّة للولاية ثم مشمولات الوالي.

[176] انظر رقم 300 أسفله

[177] الفصل الأول من القانون عدد78 المؤرخ في 31 جويلية 2000

الفقرة الأولى : المصالح الإدارية للولاية

195- تتمثل المصالح الإدارية للولاية في هياكل تابعة مباشرة للولاية من جهة ومصالح خارجية تخضع مباشرة لسلطة الوالي من جهة أخرى [178]، وتشكّل هذه الهياكل- بجوار الكتابة العامة- الإدارة العامة للولاية

أ- الكاتب العام

196- يتمثّل دور الكاتب العام طبقا للفصل 23 من قانون 13 جوان 1975 في السّهر – **تحت سلطة الوالي – على حسن سير إدارة الولاية و تنسيق عمل موظّفيها في الميادين الإدارية والمالية والاقتصادية**، وهو مكلّف أيضا بالعلاقات مع رؤساء المصالح الجهويّة التابعة للوزارات (الفصل 23 من القانون المذكور)، و يستعين للقيام بمهامه بأربع دوائر ترجع له مباشرة بالنظر وهي دائرة الشؤون الإدارية العامة ودائرة المجلس الجهوي ودائرة الشؤون البلدية ودائرة العمل الاقتصادي والاستثمار.

ب- المعتمد الأول

197- يعتبر المعتمد الأول[179] طبقا للفصل 22 من القانون عدد 52 لسنة 1975 سالف الذكر" **المساعد المباشر للوالي**"، ينوبه في حالة الغياب بإذن من وزير الداخلية، ويعتني خاصة بالشؤون السياسيّة والاجتماعية والثقافية، وبالوقاية المدنية، وبتنسيق أنشطة المعتمدين، وهو المكلّف بالعلاقات مع المنظّمات الوطنية ومع المصالح الخارجيّة للأمن، ويستعين للقيام بمهامه بأربع دوائر ترجع إليه مباشرة بالنظر وهي : دائرة الشؤون السياسية ودائرة الإعلام والندوات ودائرة لجان الأحياء ودائرة الشؤون الاجتماعية.

[178] وقع تنظيم هذه الهياكل بمقتضى الأمر المؤرّخ في 21 جوان 1956 كما وقع تنقيحه بالقوانين اللاحقة وخاصة بالقانون عدد 52 المؤرخ في 13 جوان1975 المتعلق بالإطارات العليا للإدارة الجهويّة وبالأمر عدد1476 المؤرخ في 9 جويلية 1993 المتعلّق بتنظيم مصالح الولايات والمعتمديات.

[179] أعيد تنظيم هذه الخطة بمقتضى القانون عدد 3002 المؤرخ في 27 نوفمبر 2007 المتعلق بضبط النظام الأساسي للمعتمدين الأول

ج- المعتمدون والعمد والمجالس القرويّة

198- تتمثّل وظيفة المعتمدين طبقا لأحكام الفصل 24 من القانون عدد 52 لسنة 1975 [180] في **مساعدة الوالي على مباشرة مهامه** إذ ليس لهؤلاء سلطات ذاتيّة، فهم يخضعون إذن للسّلطة المباشرة للوالي. ويبرز التنظيم الإداري وجود243 معتمدية يختلف عددها من ولاية إلى أخرى (16 في نابل و5 فقط في توزر على وجه المثال)[181].

أمّا **العمد** الذين حلّوا محلّ مؤسّسة المشائخ التقليديّة بمقتضى القانون عدد 17 لسنة 1969، فهم **مكلّفون بالسّهر على مصالح منظوري الإدارة وإعانتهم في علاقاتهم مع الإدارة**، ولهم صفة مأموري الضابطة العدليّة وضبّاط الحالة المدنيّة في حدود مناطقهم الترابية[182].

ولمزيد إحكام السيطرة على كامل تراب الجمهورية تمّ إحداث **لجان قرويّة ذات صبغة استشارية خارج المناطق البلدية** يناهز عددها اليوم 167 مجلسا[183]، يتولى الوالي تعيين أعضائها. وتختص المجالس القروية بإبداء الرأي في المسائل ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافيّة التي تهم مناطقهم الترابية

الفقرة الثانية- مشمولات الوالي

199- يعود تاريخ إحداث هذه المؤسّسة إلى أمر 21 جوان 1956 المتعلّق بالتنظيم الإداري للجمهوريّة الذي عوّض تنظيم القيادات الذي كان سائدا وقت الحماية، ويعتبر الوالي **حجر الزاوية للتنظيم الجهوي لإدارة الدولة**[184]، وتعكس

[180] وقع تنظيم هذه الخطة بمقتضى الأمر 83 المؤرّخ في 13 فيفري 1974

[181] انظر الأمر عدد 543 المؤرخ في 1 أفريل 1996 المتعلق بضبط عدد المعتمديات

[182] وقع ضبط النظام الأساسي الخاص بالعمد بمقتضى الأمر عدد 521 المؤرّخ في 18 ماي 1989، حول هذه المؤسّسة راجع :

B. Tekari- *du Cheikh au Omda, institution locale traditionnelle et institution partisane*, C.E.R.P., Tunis, 1981

[183] بمقتضى الأمر عدد 726 المؤرّخ في 10 جوان 1989

[184] حول هذه المؤسّسة راجع:

الاختصاصات الواسعة المسندة لهذه المؤسّسة الإرادة القوية للسّلطة في تركيز مركز القرار في مستوى هذه الدائرة الترابيّة وتوظيفها لإحكام السيطرة على كامل التراب الوطني.

ويخضع الوالي لنظام أساسي مميّز تم ضبطه بمقتضى أمر صدر في نفس التاريخ يتعلّق بالنظام الأساسي للموظفين السامين للإدارة الجهويّة، ويختلف هذا النظام جوهريًا عن النظام العام الخاص بأعوان الدولة، إذ يقتضي أن يكون تعيين الوالي بأمر باقتراح من وزير الداخليّة سواء من بين الموظّفين أو من غيرهم[185]، ولا يمكن له اختيار مقرّ إقامته، إذ عليه الإقامة بمقرّ الولاية، كما لا يمكن له مغادرة مركز عمله دون ترخيص من وزير الداخليّة.

ولا يمكن فصل وظائفه الإداريّة عن وظائفه السياسيّة، ذلك أن الوالي هو "**ممثل الحكومة** " في الجهة، وهو مكلّف بدرجة أولى **بتنفيذ سياسة الدولة في دائرته الترابية**، بهذه الصفة يشارك الوالي في أهمّ الأحداث السياسية التي ينظّمها الحزب الحاكم في المنطقة، ولا يقتصر دوره على المشاركة بل يمتدّ إلى التوجيه والتأطير، وبصفة عامة يمكن القول بأنه يمثّل همزة الوصل بين السّلطات المركزيّة والجهويّة للحزب الحاكم، وما يعنينا في هذا الإطار هو دوره الإداري الذي يتجلّى في ممارسته لنوعين من الاختصاصات:

- اختصاصات يمارسها بوصفه ممثّل الحكومة في الولاية
- واختصاصات يمارسها بوصفه سلطة إدارية عامة

أ – الوالي ممثّل الحكومة في الجهة

200- ينصّ الفصل 8 من القانون عدد53 المؤرخ في 13 جوان 1975 المتعلّق بضبط مشمولات الإطارات العليا للإدارة الجهوية على أن " **الوالي هو**

L. Tarchouna- *Le gouverneur*, in " *Déconcentration et décentralisation* " Actes du colloque organisé par le Centre de formation et d'appui à la décentralisation à Tunis du 24 au 26 juin 2004, p. 30 et suiv.

[185] الفصل 7 من الأمر عدد 417 المؤرّخ في 27 جوان 1975 المنقّح لأمر 21 جـوان 1956 المتعلّق بالقانون الأساسي للموظفين السامين بالمصالح الخارجيّة للإدارة الجهويّة

المؤتمن على سلطة الدولة وممثّل الحكومة بدائرة ولايته وهو إداريّا تحت سلطة وزير الداخليّة".

بهذه الصفة لم يعد الوالي مجرّد "ممثّل الحكومة بالجهة"، بل أصبح "المؤتمن على سلطة الدولة "، وهو ما يؤكّد أهميّة الدور الموكول له في المستوى الجهوي، إذ يعود له إبرام العقود باسم الدولة، والتدخّل لإدارة ممتلكاتها، ومباشرة رقابة الإشراف على الجماعات الترابيّة المحليّة التابعة لها، والسّهر على مصالح الدولة لدى الشركات والدواوين والمؤسّسات والهيئات التي تتمتّع بإعانة ماليّة من الدولة، والتي يوجد مقرّها الاجتماعي بمقرّ الولاية.

201- كما يمارس الوالي بمقتضى الفصل 10 من أمر 13 جوان 1975 سالف الذكر نوعا من **السّلطة الرئاسيّة الوظيفيّة على أعوان المصالح الخارجيّة** للدولة المباشرين بدائرة ولايته، وبهذا الاعتبار يتولّى – تحت سلطة الوزراء الذين يهمّهم الأمر– تنشيط وتنسيق ومراقبة المصالح الخارجيّة للإدارات المدنية التابعة للدولة، وقد لاقى هذا الاختصاص لمدّة طويلة اعتراض الوزراء الذين لم يكونوا يرغبون في تدخّل سلطة غير متخصّصة في شؤونهم، غير أن ضرورة إدخال نوع من الانسجام في مستوى العمل الإداري الجهوي قد رجّح الكفّة لفائدة الولاة على حساب الوزراء، وقد أصبح الوالي تبعا لذلك يمارس سلطة فعليّة على المصالح الخارجيّة للوزارات تتجسّم في حقّ توجيه التعليمات والأوامر لرؤساء المصالح والاطّلاع على المسائل الراجعة لهم بالنظر و"التي يمكن أن تكتسي أهمية خاصة بالجهة"، وعلى المراسلات الهامة الموجّهة إلى الإدارة المركزية (الفصل 19)، وعلى حركات النقل التي تجري في صفوف رؤساء هذه المصالح، وله أن يبدي ملحوظة عامة حول نشاطهم تحفظ بملفّاتهم الخاصة (الفصل 20).

ومن جهة أخرى أسند **الفصل 9 من القانون** المذكور إلى هذه السلطة **اختصاصات جديدة ذات صبغة اقتصادية**، أصبح بمقتضاها الوالي مسؤولا "عن تنفيذ السياسة القومية للتنمية على الصعيد الجهوي"، وتقديم المقترحات الخاصة "بالوسائل الكفيلة بتحقيق النهضة الاقتصادية والاجتماعية لدائرة ولايته".

وإضافة إلى ذلك فإن الوالي يترأس كافة اللّجان الجهوية التي تهمّ مختلف مصالح الدولة.

202- وقد وقع **دعم هذا الاختصاص عن طريق التفويض بمقتضى أمر 24 مارس 1989 المتعلّق بتفويض بعض سلطات أعضاء الحكومة إلى الولاة**[186]، الذي تضمّن تحويل اختصاصات وزارية عديدة لفائدة الولاّة، باستثناء الاختصاصات التي يصعب فيها التفويض سواء لأسباب قانونية (العدل)، أو لأسباب فنيّة (الدفاع، المالية، التربية والعلوم)، أو لأنها تتعلّق بمسائل تتجاوز الحدود الترابية للولاية[187].

ب – الوالي سلطة إداريّة عامة

203- يمارس الوالي في نطاق هذه السّلطة نوعا من الاختصاص يتعدّى مجرّد تفويض الاختصاص من إدارة مركزيّة إلى إدارة لامحوريّة ليمثّل اختصاصا ذاتيا حقيقيّا.

ويمكن تقسيم هذا الاختصاص إلى نوعين :

204- نوع أول يتمثّل في السّهر على **تنفيذ القوانين والتراتيب الإدارية** (الفصل10) و**المحافظة على الأمن العام** (الفصل 11) و**اتّخاذ القرارات الإداريّة في ميدان الضبط الإداري** (الفصل 21)، واللجوء إلى القوّة العامة إن اقتضى الأمر، ويتولى الوالي الحفاظ على الأمن العام على كامل المناطق الترابيّة التابعة للولاية داخل في ذلك المناطق العمرانيّة[188].

205- ونوع ثان يتعلّق **بإدارة الشؤون العامة للولاية يجعل من الوالي الرئيس المباشر لكافة الهياكل الإدارية التّابعة لهذه الدائرة الإدارية** يسهر على المسار الوظيفي لأعوانها ويوجّه أعمالهم عبر أساليب السّلطة الرئاسيّة.

[186] كما وقع تنقيحه بمقتضى الأمر المؤرخ في 18 جوان 1990 والأمر المؤرخ في 22 مارس 1997

[187] راجع : البشير التكاري- مدخل إلى القانون الإداري، المرجع السابق، ص 103.

[188] انظر الباب الأول من الجزء الثالث أعلاه

الفرع الثالث : اللاّمحوريّة الفنـيّة

206- تقوم **اللاّمحوريّة الفنيّة** على **إدارات متخصّصة متفرّعة عن الوزارات** ومحدثة في مختلف أنحاء الجمهوريّة.

ولهذا النظام أشكال متنوّعة وحدود موضوعية.

الفقـرة الأولى : أشكـال اللاّمحورية الفنية

207- نشير في البداية إلى عدم انسحاب نظام اللاّمحورية على كافة الوزارات بحكم أن بعض الوزارات لا تحتاج إلى فروع جهويّة، ومثال ذلك وزارة الخارجية التي ليس لها مصالح موزّعة بالجهات، وإنما سفارات وقنصليات لدى الدول الأجنبية مكلّفة بتقديم بعض الخدمات الإدارية للمواطنين التونسيين بالخارج، غير أن هذا التنظيم الخاص بوزارة الخارجيّة لا يمثّل القاعدة وإنما مجرّد استثناء لظاهرة امتداد التنظيم الوزاري في المستوى الجهوي.

208- وتمثّل الولاية الوحدة الأساسية لتركيز المصالح الخارجية للوزارة، غير أن طبيعة النشاط الإداري وضروريات العمل يؤديان في بعض الأحيان إلى تجاوز هذه الحدود الترابية، فوزارة التجهيز مثلا تعتمد تنظيما لمصالحها الخارجية ينصهر في نطاق الحدود الترابية للولايات، في حين أن وزارتي العدل والمالية لم تتقيّدا بهذه الحدود، بل اختارتا تركيز مصالحها الخارجيّة في دوائر ترابيّة تتجاوز حدود الولاية.

وتعود الأسباب التي تؤدي إلى التوسيع في حدود الدائرة الإداريّة بصفة عامة إلى قلّة الوسائل المادية والبشرية الراجعة لبعض الوزارات، أو إلى اعتبارات فنيّة بحتة[189].

[189] T. Bouachba- *les structures administratives*..., art. précité, p.94

209- ونشير من جهة أخرى إلى أن بعض الوزارات تعتمد أسلوب تعدّد وتنوّع مصالحها الخارجيّة، وهو الأسلوب الذي يقتضي تخصّص بعض المرافق التابعة للوزارة ومنحها قدرا من الاستقلال. ويمكن أن نذكر في هذا السياق وزارة المالية التي تعتمد ثلاث مصالح خارجية مستقلّة عن بعضها تتمثّل في المصالح الخارجيّة للديوانة[190]، والمراكز الجهويّة لمراقبة الأداءات[191]، والإدارة الجهويّة للمحاسبة العموميّة[192].

الفقرة الثانية: حدود اللامحوريّة الفنيّة

210- لنظام اللاّمحورية الفنيّة - إذا أحسن تنظيمه - مزايا مؤكّدة، فهو **حاجة ضرورية في كلّ دولة حديثة** يساعد على تخفيف العبء على الإدارة المركزيّة ويساهم في تقريب الإدارة من منظوريها مع الحفاظ على وحدة العمل الإداري وتجانس النظم الإداريّة في الدولة كلّها بما يسهّل على الموظّفين والمواطنين على حدّ السواء الإحاطة بتلك النظم.

211- غير أن نظام اللاّمحوريّة الفنيّة الذي وقع اعتماده في تونس لم يحقّق بصفة عامة هذه الأهداف، ولم يقلّص من المآخذ الموجّهة إلى هذا النوع من التنظيم، وذلك لثلاثة أسباب رئيسيّة :

- يتمثّل الأول في أن **اللاّمحورية الفنية قد بقيت صوريّة في غياب نقل حقيقي للسّلطة بين الإدارات المركزيّة والمصالح الخارجيّة** نظرا لتشبّث الإدارة المركزيّة باختصاصاتها وتردّدها في تفويضها إلى الإدارة الجهويّة، فما وقع تفويضه ونقله من اختصاص لا يتعدّى أعمال التصرّف العاديّة، أما سلطة الفصل والبتّ في المسائل ذات الصبغة الجهويّة فقد بقيت محتكرة من طرف الإدارة المركزيّة.

[190] المنظمة بمقتضى أمر 06 سبتمبر 1994، الرائد الرسمي 1994، ص. 547
[191] المنظمة بمقتضى أمر 01 جويلية 1991، الرائد الرسمي 1991، ص. 287
[192] المنظمة بمقتضى أمر 03 فيفري 1992، الرائد الرسمي 1992، ص. 197

- ويتمثّل الثاني في أن **التفويض - في صورة حصوله - لم يكن مقترنا بنقل الوسائل الماليّة اللازمة للإدارات الجهويّة**، ذلك أن الإدارات المركزيّة قد بقيت محتفظة بسلطة التعهّد، خاصة فيما يتعلق بالنفقات الكبرى، كأجور الموظّفين.

- ويتمثّل الثالث في ضرورة **الرجوع إلى المركز** قبل اتّخاذ القرار كلّما اقتضى الأمر **تدخّل هيكل استشاري مركزي**، ومثال ذلك عند تعهّد اللّجان الاستشاريّة المتناصفة في الوظيفة العموميّة.

الباب الثالث : التنظيم الإداري اللامركزي

212- تتفرّع الأشخاص العموميّة التي تعتمد التّنظيم اللامركزي إلى جماعات ترابيّة من جهة ومؤسّسات عمومية من جهة أخرى، وترتبط هذه الأخيرة ارتباطا وثيقا بالمرافق العامة، وعلى هذا الأساس يكون من الأفضل دراستها في نطاق أساليب إدارة المرافق العامة[193].

وتتمثّل **الجماعات الترابيّة المكلّفة بالسهر على المصالح المحليّة** كما هي محدّدة بمقتضى الفصل 71 من الدستور في **البلدية** من جهة وفي **الولاية** من جهة أخرى، على أن الأحكام الجديدة للدستور قد أصبحت تخوّل للسّلطة التشريعيّة إحداث **أصناف أخرى من الجماعات المحلّية**.

وتبدو **الديمقراطية المحليّة في مستوى البلديّة أكثر عمقا ممّا هي عليه في نطاق الولاية**، ويعود ذلك إلى رفض السّلطة المؤسّسة منذ البداية تكريس مبدأ انتخاب كافة الهياكل اللامركزيّة في الدستور[194]، وهو ما أطلق العنان أمام السلطة الحاكمة لإقرار مبدأ الانتخاب بالنسبة للتنظيم البلدي وتركه بالنسبة للتنظيم الجهوي.

---

[193] انظر الباب الثاني من الجزء الثالث أسفله

[194] خلافا لما تضمّنه الفصل 106 من المشروع الأولي للدستور الذي عرض على المجلس التأسيسي خلال جلسته المنعقدة بتاريخ 30 جانفي 1958 الذي تحدث عن " جماعات محليّة ممثّلة من طرف هياكل منتخبة"

حول هذه المسألة انظر :

N. Baccouche- *Constitution et pouvoir local*, Mél. A. Amor, CPU, Tunis 2005, p. 1 et suiv.

المبحث الأول: التنظيم البلدي

213- قبل عرض هذا التنظيم الذي يعتمد التّفرقة بين سلطة تفاوضيّة مجسّمة في المجلس البلدي وسلطة تنفيذيّة مجسّمة في رئيس البلديّة يكون من المفيد إبراز الخصائص العامة للبلديّات.

الفرع الأول: الخصائص العامة للبلديّات

214- تعتبر البلديّة في التنظيم الإداري التونسي أكثر المؤسّسات اقترانا بفكرة اللاّمركزية والديمقراطية الإدارية لاعتمادها أسلوب الانتخاب في اختيار هياكلها المسيّرة، غير أن النصوص القانونيّة لا تعكس ضعف هذه المؤسّسة و تبعيّتها إزاء الدولة.

الفقرة الأولى: ضعف المؤسّسة البلدية

يعود ضعف المؤسّسة البلدية إلى أسباب تاريخية وأخرى مالية.

أ- الأسباب التاريخيّة

215- لم يكن نظام السّلطة في تونس ملائما لظهور لامركزية حقيقية، ففي فترة ما قبل الحماية كان البايات يحتكرون السّلطة ويعتمدون نظام المركزيّة المطلقة، فلا وجود في ذلك الوقت لجماعات محليّة مستقلّة عن الدولة ومختصّة في تصريف شؤونها، ولم يكن المجتمع في ذلك الوقت في حاجة إلى مثل هذا التنظيم نظرا لصبغته الريفية والقبليّة، وعلى هذا الأساس لم يكن تراب الإيالة مقسما إلى بلديات بل إلى قيادات ومشائخ يوجد على رأسها ممثّلا للسلطة المركزية، وقد تواصل العمل بهذا التنظيم إلى حد سنة 1858 حين أحدثت أول بلديّة في تونس، وهي بلديّة الحاضرة، ولكن دون الاعتراف لها باستقلاليّة فعليّة[195].

[195] انظر صالح بوسطعة – القانون الأساسي للبلديات والنصوص التطبيقية، المطبعة الرسمية، سنة 2000 ص. 9

216- وعند حلول نظام الحماية وقع دعم المؤسّسة البلديّة تماشيا مع تدفّق المستعمرين الأجانب واستقرارهم بالمدن الساحليّة، فتم إحداث العديد من البلديات، كما وقع إقرار مبدأ الانتخاب بمقتضى أمر 20 ديسمبر 1952، غير أن هذا النظام لم يكن موجّها إلى التونسيين وهو ما أدى إلى رفض الأهالي المشاركة في الانتخابات التي نظّمتها سلطة الحماية سنة 1953[196].

وتجدر الإشارة من جهة أخرى إلى أن أغلب الشؤون المحليّة قد بقيت في تلك الفترة من أنظار السّلطة المركزيّة (المقيم العام) وممثّليها المحليين، وهم المراقبون المدنيون الفرنسيون من جهة، والقيادات والمشائخ التونسيون من جهة أخرى[197].

217- وقد تواصل هذا الوضع بعد الاستقلال تحت شعار الوحدة القومية ونظام الحزب الواحد، إذ **اعتمدت الدولة الحديثة بدورها التنظيم المركزي على حساب اللامركزية المحليّة**.

ولم يتغيّر الأمر جوهريا في السنوات الأخيرة رغم التطوّر السريع للظاهرة العمرانية وإدخال بعض الإصلاحات على التّنظيم البلدي، فرغم التوسيع في مجال اختصاص السّلطات المحلّية والتبسيط والتخفيف من الإشراف بمقتضى القانون الأساسي للبلديّات المؤرّخ في 14 ماي 1975 كما تم تنقيحه بالقوانين اللاحقة[198]

[196] ذات المرجع ص. 10

Y. Ben Achour – *droit administratif*, op. cit., p 146 et 147

[197] انظر:

G. Marcou- *l'administration territoriale de la Tunisie et les enjeux de la décentralisation* in *décentralisation et démocratie en Tunisie*, IORT et l'Harmattan, 1998, p. 15 et suiv.,et Y. Ben Achour – *droit administratif*, op. cit, p.26

[198] القانون الأساسي عدد 33 المؤرخ في 14 ماي 1975
– المنقح بالقانون الأساسي عدد43 لسنة 1985
– المنقح بالقانون الأساسي عدد 24 لسنة 1991
–المنقح بالقانون الأساسي عدد 68 لسنة 1995
–المنقح بالقانون الأساسي 48 لسنة 2006 المؤرخ في 17 جويلية 2006

بقيت هذه المؤسّسة تشكو من ضعف جيني يتجلّى في خضوعها عضويا و وظيفيّا للسّلطة السياسية التي ترشّح ممثّليها على قائمات الحزب الحاكم عند إجراء الانتخابات وتوجّه أعمالهم بواسطة القرارات النموذجية والمناشير، من هذه الزاوية تبدو استقلالية البلديات إزاء السّلطات المركزية واللاّمحورية محدودة للغاية.

ب- الأسباب المالية

218- **تتضافر الأسباب المالية مع الأسباب التاريخيّة للحدّ من استقلاليّة الجماعات المحلّية**، فلا تمثّل مجموع الموارد الجبائيّة للبلديات من جملة الموارد الجبائيّة للدولة إلا نسبة ضئيلة للغاية لا تتجاوز 2,5 %[199] [200].

219- وتمثّل المساعدات المالية التي تمنحها الدولة للبلديات بواسطة الصندوق المشترك للجماعات المحليّة أو عن طريق صندوق القروض والدعم ما يقارب 45 % من مجمل مواردها الذاتية، وتنقسم هذه الموارد إلى صنفين : موارد اعتيادية من جهة، وموارد مخصّصة للتنمية متأتية أساسا من محاصيل القروض ومن إعانات التجهيز التي تمنحها الدولة أو المؤسّسات العمومية، من جهة أخرى.

وتمثّل الموارد الجبائية أهمّ الموارد الذاتية للبلديات[201]، وتنقسم إلى الأداء على المؤسّسات والمعلوم على النزل، والأداءات على الأراضي المبنية وعلى

وقد تضمن الفصل الثاني من هذا القانون إلغاء جميع الأحكام المخالفة له ومنها بالخصوص الأمر المؤرخ في 14 مارس 1957 المتعلق بالبلديات
انظر : صالح بوسطعة – المرجع السابق، ص 9

[199] N. Belaid- *Autonomie locale et mutations récentes dans les finances municipales*,Tunis ENA, 1999, p. 57

[200] راجع :

N. Belaid – *l'autonomie financière des collectivités locales, in les finances publiques instruments des politiques publiques*, O.C, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1998, p.171 et s.

[201] لقد بلغت جملة الموارد الذاتيّة للبلديّات سنة 2004 ما قدره 3، 258 م. د.، وهو ما يمثّل 55% من جملة الموارد الاعتياديّة(وزارة المالية، مالية البلديات لسنة 2004)
انظر: الصغير الزكراوي- الجباية المحليّة واللامركزيّة في تونس، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس 2006، ص. 178 وما يتبع

الأراضي غير المبنية، ومعاليم الأسواق، ومعاليم نوعية مختلفة، تضاف إليها مقابيض الأملاك، ومقابيض في مقابل إسداء خدمات.

ويمكن القول بصفة عامة إن الوضع المالي للبلديات يعكس محدودية الاستقلاليّة المالية لهذه المؤسّسة وتبعيتها إزاء الدولة[202].

الفقرة الثانية: الوجه الحالي للمؤسّسة البلدية

يبرز التنظيم البلدي الحالي خصائص موضوعية وأخرى قانونية :

أ- الخصائص الموضوعية

220- **تتقدّم التغطية العمرانيّة لتراب الجمهورية** بصفة ملحوظة، إذ أن البلديات التي بلغ عددها 262 سنة 2004 أصبحت تتصرّف في شؤون 64،4 % من السكّان بعد أن كان عددها لا يتجاوز 65 في وقت الاستقلال[203]، ويبرز هذا التطوّر ظاهرة التمدّن السريع نتيجة لتضافر عاملي ارتفاع مستوى العيش والنزوح الريفي، كما تفيد الإحصائيات أن 126 بلدية، أي ما يناهز 47 % من العدد الجملي للبلديات، لها عدد سكّان أقلّ من 10000 ساكن، وهو ما يؤدي إلى تفاوت كبير في الإمكانيات بين المدن الكبرى والمدن الصغرى، يتضاعف بحسب الموقع البلدي : ساحلي أو ريفي[204].

ويخضع قرار إحداث بلدية ما إلى جملة من الاعتبارات : اقتصادية ومالية (الطاقة الجبائية للتجمّعات السكنية) من جهة، وعمرانية (الكثافة السكنية، وجود مركز معتمدية أو دائرة بلدية أو مجلس قروي، مدى توفّر المرافق العامة والتجهيزات الأساسية) من جهة أخرى.

[202] N. Belaid- *Autonomie locale*, op. cit, p. 56 et suiv

[203] تقديرات المعهد القومي للإحصاء، التعداد العام للسكّان لسنة 2004

[204] انظر: الصغير الزكراوي- الجباية المحليّة واللامركزيّة في تونس، المرجع السابق، ص. 178 وما يتبع

Y.Ben Achour- *Droit administratif*, op.cit., n°19

ويمكن القول إن اللاّمركزية الترابية بصفة عامة والتنظيم البلدي على وجه الخصوص يقوم في تونس على **أساس وظيفي**، إذ أن الظاهرة البلدية إنما هي ظاهرة حديثة العهد ومستحدثة وليس لها تقاليد راسخة في التاريخ[205].

ب- الخصائص القانونية

221- **للبلديّة طبيعة مزدوجة**، فهي تمثّل بصفة رئيسية جماعة ترابيّة لامركزية مستقلّة عن الدولة، وهي- وبصفة ثانوية- دائرة ترابية تابعة للدولة تمارس في نطاقها اختصاصات تندرج في إطار التنظيم اللامحوري.

222- ويجد التنظيم البلدي أساسه في الدستور الذي تضمّن فصله 71 أن الجماعات الترابية تمارس" المصالح المحلّية حسبما يضبطه القانون"، وقد تأكّد انفصال البلديّة عن الدولة بمقتضى الفصل الأول من القانون الأساسي للبلديات الذي نصّ في فقرته الأولى أن " البلدية جماعة محليّة تتمتّع بالشخصية المدنية والاستقلال المالي، وهي مكلفة بالتصرّف في الشؤون البلديّة"، وتؤدي هذه الاستقلاليّة بالخصوص إلى إقرار حقّ سكّان البلدية في اختيار الهياكل المكلّفة بالسّهر على المصالح المحليّة عن طريق الانتخاب، كما تؤدي إلى تزويد البلدية بميزانية خاصة مستقلّة عن ميزانية الدولة وتخصيصها بموارد ذاتية.

223- على أن العمل البلدي أصبح يتجاوز الحدود الضيّقة للمصالح المحليّة ويندرج ضمن توجّهات المخطّط القومي ليساهم " في النهوض بالمنطقة اقتصاديا واجتماعيا وثقافيا"

224- ونشير إلى أن **إحداث البلدية يكون بأمر** باقتراح من وزير الداخلية وبعد أخذ رأي وزيري المالية والتجهيز (الفصل الثاني جديد من القانون الأساسي)، ويتضمن هذا الأمر اسم البلدية وحدودها الترابية[206]، كما يتمّ **حذف البلديات**

[205] راجع : G. Marcou- *l'administration territoriale en Tunisie*, op. cit , p 28.
A. Belhedi- *développement régional rural et local* , Secrétariat d'Etat à la recherche scientifique CERES, 1997

[206] انظر مثلا الأمر عدد850 لسنة 2001 المؤرخ في 18 أفريل2001 المحدث لبلدية الكرم

بمقتضى أمر معلّل باقتراح من وزير الداخلية بعد أخذ رأي الوالي المختص ترابيا (الفصل التاسع جديد من القانون الأساسي)[207]، وفي هذه الحالة يأذن وزير الداخليّة بإحصاء التزامات وحقوق البلديّة المعنيّة ويأذن وزير الماليّة بإجراء أعمال التصفية، ويحلّ المجلس الجهوي محلّ البلديّة الواقع حذفها في ما لها من حقوق وما عليها من التزامات، على أن القانون لم يحدّد آثار الحذف، خاصة فيما يتعلق بالتزامات البلدية المحذوفة.

وللبلديّة **حدود ترابية محدّدة**، غير أنه يمكن **إدخال بعض التحويرات عليها بأمر** يتّخذ باقتراح من وزير الداخلية بعد أخذ رأي الوالي أو الولاّة المعنيين بالشأن، وبعد استشارة المجالس البلديّة المعنية، وعند الاقتضاء المجالس الجهويّة (الفصل الخامس جديد من القانون الأساسي)[208]، ويمكن تحقيق **إدماج البلديات بنفس الطريقة**[209].

225- ويمكن **تقسيم تراب البلدية إلى دوائر بقرار من الوالي** بعد استشارة المجلس البلدي المعني بالشأن أو باقتراح منه (الفصل الثامن جديد من القانون الأساسي)، ويتولّى رئيس البلدية تعيين نائب رئيس من بين أعضاء المجلس على رأس كل دائرة، ويمارس نواب الرئيس بالدوائر البلديّة اختصاصاتهم بتفويض من رئيس البلدية في جميع المجالات الراجعة له بالنظر، ويمثّل هذا الأسلوب اللاّمحوري طريقة مجدية للتقريب بين سكّان البلدية في مختلف المناطق والأحياء وبين الهياكل الإدارية للبلدية. فقد تمّ دعمه بمقتضى الأمر عدد911 المؤرخ في 2 ماي 2000 المتعلّق بضبط وظائف الدوائر البلديّة وطرق سيرها[210] الذي حدّد اختصاصات رئيس الدائرة ونصّ على الصلاحيات التي يتعيّن على رؤساء البلديات تفويضها لفائدة رؤساء الدوائر، وأحدث مجلسا للدائرة أسند له اختصاصات استشارية مع إمكانية تشريك السكّان في أعماله، ولئن صدرت قرارات في التفويض عن رؤساء

[207] انظر مثلا الأمر عدد1133 المؤرخ في 19ماي2003 المتعلق بتحوير حدود بلدية منزل تميم

[208] انظر مثلا الأمر عدد 141المؤرخ في 20 أفريل 1972 المتعلق بحذف بلدية زرمدين

[209] انظر رقم 280 أسفله

[210] المنقّح والمتمّم بمقتضى الأمر عدد 735 المؤرّخ في 2 أفريل 2007

البلديات لفائدة كواهي الرئيس فإن واقع العمل الإداري يبرز تشبّث رؤساء البلديات بصلاحياتهم و محدوديّة الاختصاص الممارس من طرف رؤساء الدوائر البلديّة.

الفرع الثاني: المجلس البلدي

226- نتولّى على التوالي دراسة تركيبة المجلس البلدي وبيان طرق سيره وضبط اختصاصاته قبل النظر في الرقابة المسلّطة على أعماله.

الفقرة الأولى : تركيبة المجلس البلدي

227- يوجد داخل كل بلدية **مجلس تفاوضي يعرف بالمجلس البلدي** يقع اختيار أعضائه عن طريق **الانتخاب** ويختلف عدد الأعضاء من عشرة (في البلديات التي لها أقل من 10.000 ساكن) إلى ستين (في البلديات التي لها أكثر من 500.000 ساكن)، وتضبط المجلّة الانتخابية شروط الترشّح والاقتراع وهي القواعد التي تحدّد طريقة تكوين المجلس البلدي.

أ- شروط الترشّح

228- يحقّ لكافة الناخبين البالغ سنهم على الأقل 23 سنة يوم تقديم الترشّح أن يرشحوا لعضوية المجلس البلدي.

وتميّز المجلة الانتخابية بين حالات عدم صلاحية الترشّح المطلقة التي تنسحب على الولاة والقضاة والمعتمدين الأولين والكتاب العامين للولايات والمعتمدين والعمد (الفصل113)، وحالات عدم صلاحية الترشّح النسبية التي تنسحب على محتسبي المالية للبلدية وأعوان البلدية، وكذلك على أعوان الولايات الذين لا يمكن لهم الترشح بالأماكن التي يباشرون فيها وظائفهم (الفصل 114).

229- ولا يمكن الجمع بين صفة العضو بالمجلس البلدي وبين صفات أخرى، فلا يجوز لعضو من الأعضاء أن يكون عضوا في مجلس آخر ولا يجوز للأزواج وللأقارب من الدرجة الأولى الترشّح لعضوية نفس المجلس البلدي.

ب- شروط الاقتراع

230- ينتخب أعضاء المجلس في دورة انتخابية واحدة بالاقتراع على القائمات مع الأفضليّة للقائمة التي تحصّلت على أكثر الأصوات وهو نظام مزج بين طريقة الاقتراع بالأغلبيّة وطريقة التمثيل النسبي.

ويختار الناخب قائمة من بين القائمات المرشحة دون إمكانية تعويض الأسماء، وتوزّع المقاعد حسب قاعدة الأغلبية في حدود 50 % من المقاعد، إذ تفوز القائمة التي تحصّلت على أكثر الأصوات بهذه النسبة، أمّا البقيّة فيقع توزيعها طبقا لطريقة النسبيّة المعدّلة على كل القائمات، باعتماد أكبر البقايا من الأصوات، ولكن دون إمكانية إسناد أكثر من 80 % من المقاعد إلى القائمة الواحدة مهما كانت عدد الأصوات المتحصل عليها.

ويعود هذا التعديل الأخير لشروط الاقتراع الذي أقرّه القانون الأساسي عدد 93 المؤرخ في 6 نوفمبر 1998 إلى محاولة السّلطة السياسية إدخال ظواهر التعدّدية على العمل البلدي، للقطع مع السيطرة المطلقة التي فرضها الحزب الحاكم على الساحة البلدية بعد أن أفرزت الانتخابات السابقة لهذا التنقيح فوز التجمع الدستوري الديمقراطي بـــما لا يقل عن 4084 من جملة 4090 مقعد [211].

ونتيجة لهذا التعديل تحسّن تمثيل أحزاب " المعارضة " في المجالس البلدية، إذ نالت هذه الأحزاب 268 من 4366 مقعد في الانتخابات البلدية لسنة 2005[212].

231- ويقع انتخاب أعضاء المجلس لمدّة خمس سنوات قابلة للتجديد مرّة واحدة، وفي صورة حصول شغور، يقع تسديده بالمرشح الذي يأتي مباشرة بعد آخر مرشح صرّح بانتخابه ضمن القائمة التي ينتمي إليها العضو الذي غادر المجلس، ولا يمكن إجراء انتخابات تكميلية إلا إذا فقد المجلس أكثر من ثلث

---

[211] حول هذا الموضوع انظر :
Y. Ben Achour- *Droit administratif*, op.cit, n° 208

[212] انظر: الصادق شعبان- النظام السياسي التونسي، المرجع سابق الذكر، ص. 183 وما يتبع

أعضائه، وإذا حصل ذلك في السنة السابقة لتاريخ التجديد فإن هذه الانتخابات لا تجري إلا إذا ارتفعت نسبة الشغور إلى 50 % من الأعضاء.

ولا تقبل استقالة أعضاء المجلس إلا بعد قبولها من الوالي الذي يجوز له تأجيل بداية مفعولها لمدة أقصاها ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ إعلامه بها (الفصل 25 جديد من القانون الأساسي)

الفقرة الثانية – طرق سير المجلس

232- لا يمكن فهم طرق سير المجلس البلدي دون الاطّلاع على نظامه الداخلي وضبط كيفية انعقاد جلساته وتحديد طبيعة قراراته.

أ-النظام الداخلي للمجلس

233- يرتّب أعضاء المجلس طبقا لترتيب تفاضلي بالجدول باعتبار أقدمهم في الانتخابات وأكثرهم حصولا على الأصوات بالنسبة للمستشارين الذين وقع انتخابهم في نفس الدورة وأكبرهم سنّا عند تعادل الأصوات (الفصل 17 جديد من القانون الأساسي).

ولتيسير العمل داخل المجلس أقرّ الفصل 32 جديد من القانون الأساسي للبلديات **مبدأ الدرس المسبق للمواضيع التي سيتمّ عرضها على المجلس من طرف لجان قارة أو غير قارة لها فقط دور استشاري.**

وتتمثّل اللّجان القارة التي يجب على المجلس تشكيلها إثر تنصيبه في ثمان لجان وهي التالية :

- لجنة الشؤون الإدارية والمالية
- لجنة الأشغال والتهيئة العمرانية
- لجنة الصحّة والنظافة والعناية بالبيئة
- لجنة الشؤون الاقتصادية
- لجنة الشؤون الاجتماعية والأسرة

- لجنة الشباب والرياضة والثقافة
- لجنة التعاون والعلاقات الخارجية
- لجنة العمل التطوّعي

ويقع تعيين رؤساء اللجان من قبل رئيس المجلس البلدي بموافقة المجلس من بين المساعدين، وعند التعذّر من بين المستشارين، وتعيّن كلّ لجنة من بين أعضائها مقرّرا لكل جلسة من جلساتها، التي تعقد بصفة دوريّة مرّة في الشهر تمهيدا لاجتماعات المجلس.

ب- طرق انعقاد جلسات المجلس البلدي

234- يجب على المجلس أن يعقد **أربع دورات عادية في السنة** خلال أشهر فيفري وماي وجويلية ونوفمبر، ويجوز له عند التعذّر تأجيل الدورة بشرط إعلام سلطة الإشراف بذلك، وتكون الدورة الأولى مناسبة لتحديد توجهات المجلس في بداية السنة الإدارية. أما الدورة الثانية التي تعقد خلال شهر ماي، فهي تخصّص للنظر في الحساب المالي للبلدية وفقا لأحكام الفصل 25 من القانون الأساسي لميزانية الجماعات العمومية، كما وقع تنقيحه وإتمامه بمقتضى القانون الأساسي عدد 65 المؤرخ في 25 ديسمبر 2007، في حين تتناول دورة جويلية بالأساس موضوع مشروع ميزانية البلدية الذي يتوجب توجيهه إلى سلطة الإشراف قبل يوم 31 أكتوبر من كل سنة. وتخصّص الدورة الأخيرة للتعديل النهائي لهذا المشروع.

ونشير أن الجلسات التي تعقد خلال الدورات المذكورة لا تكون مقصورة على الموضوعات السابق ذكرها فحسب بل يمكن أن تتناول كافة المسائل المتعلّقة بمختلف أوجه العمل البلدي بدون تحديد.

وحتى يتمكّن أهالي المنطقة من المشاركة في الشؤون المحليّة اقتضى الفصل 32 جديد في فقرته الثانية عقد جلسة تمهيديّة قبل كلّ دورة عاديّة يدعى إليها سكّان البلديّة لإعلامهم بالبرامج والمشاريع المزمع إنجازها وتمكينهم من تقديم تصوّراتهم ومقترحاتهم حول العمل البلدي.

ونضيف أن **الدورة تعني عقد العدد الكافي من الجلسات لمعالجة المسائل المدرجة بجدول الأعمال.**

235- كما يمكن للمجلس طبقا للفصل 33 من القانون الأساسي أن **يعقد جلسات غير عادية للنظر في مواضيع محددة**، ويكون ذلك بدعوة من رئيس البلدية " كلّما رأى فائدة في ذلك"، أو بطلب من الوالي أو من نصف أعضاء المجلس الذين هم في حالة مباشرة، وتجري الجلسات علنا وذلك لتمكين عموم السكان المحليين من الاطّلاع على العمل البلدي، إلا أنه يمكن للمجلس أن يقرّر السرّية في بعض المواضيع وذلك بطلب من ثلث *أعضائه أو من رئيسه أو من الوالي.*

236- ولا يمكن للمجلس أن يتفاوض إلا إذا حضر في الجلسة أغلبية أعضائه المباشرين، وفي صورة عدم توفّر النصاب، تعاد الدعوة للانعقاد بعد ثلاثة أيام على الأقل، ولا يمكن للمجلس أن ينظر في المسائل المدرجة في جدول الأعمال في هذه المناسبة إلا إذا حضر الجلسة أكثر من ثلث الأعضاء، باعتبار أن هذا النصاب هو الحد الأدنى الذي لا يمكن الحديث دونه عن عمل جماعي.

ج- مداولات المجلس

237- تفضي أعمال المجلس إلى **قرارات تتّخذ علنا بالأغلبية المطلقة للمقترعين**، دون احتساب من امتنع عن التصويت أو من انسحب من الجلسة.

وفي صورة تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس مرجّحا، ويمكن إجراء الاقتراع سرّا كلّما دعا إلى ذلك ثلث الأعضاء الحاضرون، أو كلّما تعلّق الأمر بالبتّ في تسمية أو تقديم الترشيح، كما هو الشأن مثلا عند تعيين الرئيس أو المساعدين، وإذا لم يحرز أي مرشّح على الأغلبية المطلقة بعد دورتين، تجري دورة ثالثة، ويتمّ الانتخاب عندئذ بالأغلبية النسبية، وإن تعادلت الأصوات يفوز أكبر المرشّحين سنّا.

وتتّخذ المداولات شكل قرارات إدارية انفرادية أو ترتيبية، كما يمكن أن تتّخذ أيضا شكل آراء استشارية.

الفقرة الثالثة : مشمولات المجلس

238- يمارس المجلس البلدي ثلاثة أنواع من الاختصاصات : ولاية عامة في حدود الشؤون البلدية من جهة واختصاصات مسندة من جهة أخرى، كما يمارس من ناحية أخرى اختصاصات ذات صبغة استشارية.

أ- الشرط العام للاختصاص

239- يرجع هذا **الاختصاص العام** إلى الفقرة الأولى من **الفصل 21 جديد من القانون الأساسي للبلديات التي تقتضي أن المجلس البلدي يتولّى بمداولاته البت في الشؤون البلدية**[213].

وتعرّف **الشؤون البلدية** عادة بالرجوع إلى معيارين أساسيين[214] أحدهما **ترابي** والآخر **مادي**.

240- فأما المعيار الترابي فإنه يعني أن الاختصاصات العامة للمجلس لا يمكن أن تمارس إلا في حدود الشؤون التي تندرج في الإطار الترابي للمنطقة البلدية، وينحدر هذا المبدأ من الفصل الثاني من القانون الأساسي المتعلّق بطريقة ضبط حدود المنطقة البلدية.

241- وأما المعيار المادي فإنه يعني أن اختصاص المجلس يجب أن يبقى في حدود الشؤون البلدية الأصلية التي تتمثّل في تلبية الحاجات المحلّية لسكّان المنطقة البلديّة (نظافة المدينة، تنظيم حركة المرور، مقاومة الضجيج، تنوير الأماكن العمومية، الخ).

[213] انظر :
H. Ben Salah- *Le conseil municipal en Tunisie* , in l' *administration territoriale au Maghreb* ,

[214] راجع :
J. Chapuisat- *Les affaires communales*, AJ, 1976, p.470
Y. Luchaire – *Réflexions sur l'intérêt local* , in *décentralisation et démocratie en Tunisie*, op. cit, p. 64 et s.

في هـذا الإطار يمارس المجلس البلدي اختصاصات عامة غير محدّدة فيما عدا ما أسنده القانون من اختصاص لبقية الهياكل الإدارية، ولكن تحت رقابة القاضي الإداري الذي يعود له تقدير مدى بقاء المجلس في حدود اختصاصه[215].

ولا بد من الإشارة من جهة أخرى إلى أنه يمكن دوما للبرلمان أن يتدخّل – طبقا لما يخوّله الدستور[216]– لنزع جزء من هذا الاختصاص المبدئي وإسناده لهيكل من الهياكل الإدارية للدولة – مركزية أو لامركزيّة– كما هو الشأن مثلا في المجال العمراني أو في مجال التطهير، غير أن ذلك لا يمكن أن يتم إلا على حساب استقلاليّة البلديات.

ب- الاختصاصات التقريريّة المسندة بمقتضى القانون

242- يتضمّن الفصل 21 جديد من القانون الأساسي في فقرته الثانية قائمة أولى من **الاختصاصات المسندة للمجلس لها صبغة ماليّة** (درس والموافقة على ميزانيّة البلديّة، وضـبط برنامج تجهيـز البلدية في حدود المداخيل والإمكانية المالية المتوفّرة لديها)، كما يتضمّن اختصاصات أخرى لها صـبغة اقتصاديّة (ضبط مختلف الأعمال اللازمة للمساعدة على تـنـمية المنـطقة وفقا للمخطّط الوطني للتنمية).

وتضاف إلى ذلك **اختصاصات أخرى نصّ عليها الفصل 25 جديد**، تتمثّل في المصادقة على التفويت والتعويض في العقارات التابعة للملك البلدي الخاص، وإجراء الصلح في القضايا في حدود مبلغ معيّن يحدّد مقداره بأمر[217]، وإبرام عقود الكراء التي تتجاوز مدّتها سنتين، وتسمية الأنهج والساحات العمومية والفضاءات

[215] بخصوص تطبيق هذا المبدأ انظر:
CE 25 nov. 1988, *Dubois*, AJDA, 1989, 172, note J.M. Pontier

[216] لا يوجد في الدستور التونسي اعترافا تاما بمبدأ استقلالية الجماعات الترابيـة وحريّـة إدارة الشؤون المحليّة، إذ يجوز تقييد هذه الحريّة بمقتضى القانون طبقا لما نص عليه الفصل 71 مـن الدستور

[217] المصالحات التي تفوق مقدارها 500.000.000 دينار كما نص على ذلك الأمر عدد11 لسنة 1976 المؤرخ في 07 جانفي1976.

الرياضية والشبابية والثقافيّة، وترتيب أجزاء الملك العموم وإخراجها وإعادة ترتيبها، وضبط صيغ ومشاريع التعاون بين البلديات، ووضع وتغيير أمثلة تصفيف الطرقات العمومية البلدية، وتحديد المساحات الحرّة والفضاءات الخضراء، والتدخّل بالاستغلال المباشر أو بالمساهمة المالية في المؤسّسات الصناعية أو التجارية، وربط علاقات التوأمة والتعاون الخارجي، واتّخاذ التراتيب العامة.

243- وتثور بخصوص هذا الاختصاص مسألة **تداخل سلطات المجلس في مجال التراتيب العامة مع صلاحيات الضبط الإداري الراجعة لرئيس البلديّة بمقتضى الفصلين 80 و81**، غير أن **اختصاص المجلس في هذا المجال لا يمكن أن يمتدّ إلى تراتيب الضبط التي تبقى حكرا على رئيس البلديّة**[218].

244- وتتضمّن **فصول أخرى من هذا القانون تحديد بقيّة المشمولات المسندة لهذا الهيكل**، نذكر من بينها إبرام الصفقات العموميّة (الفصل 136)، وقبول الهبات والوصايا (الفصل 114 جديد)، وإعداد أمثلة التهيئة العمرانيّة وتنفيذها (الفصل 119 جديد)، والمصادقة على تمثيل البلدية أمام المحاكم (الفصل 131 جديد)، وإحداث مؤسّسات عموميّة للتصرّف في المرافق العموميّة (الفصل 130 جديد)، ودفع التعاون بين البلديات[219]

ج- الاختصاصات الاستشارية

245- يمارس المجلس **اختصاصات استشارية** تختلف أشكالها باختلاف الموضوعات التي تتدرج في نطاقها، ويمكن التمييز في هذا الإطار بين الاستشارات الاختيارية والاستشارات الوجوبية.

246- فأما الصنف الأول من هذا الاختصاص فهو الذي يتمثّل في إبداء الرأي في جميع المسائل ذات الصبغة المحلّية.

[218] انظر رقم 266 أسفله

[219] انظر رقم 282 أسفله

247- وأما الصنف الثاني فهو الذي يتمثّل في إبداء الرأي وجوبا في المسائل التي تفرض القوانين والتراتيب مشورة المجلس بشأنها.

ويدخل في نطاق هذا الصنف الثاني من الاختصاص الاستشارات المسبقة المتعلّقة بالمشاريع المزمع إنجازها في المنطقة البلدية من طرف الدولة أو أيّة جماعة محليّة أخرى، أو مؤسّسة عمومية، كما تدخل أيضا في هذا الإطار الاستشارات التي تتعلّق بتغيير اسم البلدية أو مقرّها أو حدودها الترابية أو بإحداث نقابة بلديات أو بإدماج مجموعة من البلديات، ويستشار المجلس وجوبا عند إحداث دوائر بلدية جديدة.

وفي جميع هذه الحالات لا يلزم رأي المجلس الإدارة المختصّة التي تبقى حرّة في اتّخاذ القرار المناسب.

الفقرة الرابعة: رقابة الإشراف على المجلس البلدي

يجب التمييز هنا بين الرقابة على أعضاء المجلس والرقابة على أعماله

أ-الرقابة على أعضاء المجلس

248- يخوّل الفصل 66 جديد القانون الأساسي **للوالي - بوصفه سلطة الإشراف على البلديات** - التصريح بالإقالة الوجوبية للأعضاء الذين تخلّفوا عن الحضور رغم دعوتهم لذلك ثلاث مرات متتالية، ما لم يعتبر موجب تخلّفهم شرعيا، ولا يمكن للإشراف التصريح بهذه الإقالة إلا بعد دعوة الأعضاء المعنيين بالأمر للحضور وسماع ما لهم من بيانات في الموضوع، ويحقّ للمعنيين بالشأن الاعتراض على هذا الإجراء لدى وزير الداخلية، وذلك في ظرف الأيام العشرة الموالية لتاريخ إعلامهم بذلك.

249- كما يخوّل الفصل 11 جديد من القانون الأساسي لرئيس الجمهوريّة بقرار معلّل **حلّ المجلس البلدي**، وفي هذه الحالة وكذلك في حالة استقالة كافة أعضاء المجلس، يقع **تعيين نيابة خصوصية** (خلال الشهر الموالي لحلّ المجلس أو

قبول استقالة أعضائه) **للقيام بوظائف المجلس المتخلي إلى حين تجديده عن طريق الانتخاب.**

وقد وقع اعتماد هذا الإجراء الذي يستهدف مباشرة هيكلا منتخبا في مناسبات متكرّرة في السنوات الأخيرة وهو ما يمثّل **طمسا لمبادئ اللامركزية الإدارية**[220].

ب- الرقابة على أعمال المجلس

نتولى التمييز في هذا الإطار بين سلطة الإلغاء وسلطة الحلول

1- سلطة الإلغاء

يقرّ القانون لفائدة **سلطة الإشراف حقّ إلغاء قرارات المجلس البلدي** المخالفة للمشروعية، ويتّخذ هذا النوع من الرقابة شكلين مختلفين:

250- يتمثّل الأول في الأعمال التي تكون لاغية وجوبا، إمّا لعيب في الاختصاص وإما لعدم احترام الإجراءات الأساسية عند اجتماع المجلس، وإمّا لأنها تتعارض مع النصوص التشريعيّة والترتيبية.

ويعلن عن الإلغاء الوجوبي بقرار معلّل من الوالي بمبادرة منه أو بطلب ممن له مصلحة في ذلك في ظرف شهرين من تاريخ إيداع نسخة المداولة والقرار المتّخذ لتنفيذها بمركز الولاية، وبانقضاء الأجل المذكور[221] دون تصريح الوالي بالإلغاء تصبح هذه القرارات نافذة المفعول بصفة آليّة (الفصل 38 جديد).

[220] وقع اللجوء لهذا الإجراء لحلّ مجلس بلدية المرسى في شهر أوت 1998، فمجلس بلدية قرطاج في شهر نوفمبر 1998، فمجالس بلديات الحمامات وقرطاج وسيدي بوسعيد في شهر أوت وسبتمبر 2003، و مجلس بلدية زغوان في 7 ماي 2007، وقد جاء بالأمر عدد1637 المؤرخ في 2003/08/4 المتعلّق بحل مجلس بلدية الحمامات وتعيين نيابة خصوصية أن هذا القرار قد وقع اتّخاذه " بعد الاطّلاع... على التقرير البياني المصاحب المثبت للوضع المتردّي لمجلس بلدية الحمامات وما نتج عنه من تقصير في أداء مهامه وإخلال بسير العمل البلدي وانعكاس سلبي عل مصالح المتساكنين".

[221] بعد أن كان هذا الأجل لا يتعدى 15 يوم في التشريع السابق

251- ويتمثّل الثاني في **الأعمال التي لا تكون نافذة إلا بعد مصادقة سلطة الإشراف عليها**، وهي عديدة وتشمل كافة الاختصاصات المسندة للمجلس بمقتضى الفصل 25 جديد من القانون الأساسي والتي سبق بيانها أعلاه[222].

2- سلطة الحلول

252- يمثّل **الحلول الأسلوب الأكثر حزما في الإشراف**، لأنه يأتي لمقاومة تقاعس واضح، إما **لرفض المجلس اتّخاذ قرار تفرضه عليه القوانين**، كما هو الشأن مثلا في الحالة التي تعرّض إليها الفصل 23 جديد من القانون الأساسي لميزانية الجماعات العمومية المحلّية (صورة رفض المجلس إدراج نفقة وجوبيّة بالميزانية، أو خلاص أعوان البلديّة أو تسديد الديون)، وإما **لرفضه اتّخاذ القرار كما يجب أن يتّخذ**، كما هو الشأن مثلا في الحالة المنصوص عليها بالفصل 32 جديد من القانون المذكور (ظهور عجز عند تنفيذ الميزانية ورفض المجلس اتّخاذ التدابير اللازمة لتلافي هذا العجز رغم إنذاره بضرورة القيام بذلك من قبل سلطة الإشراف).

الفرع الثالث : رئيس البلدية

نستعرض على التوالي التنظيم الهيكلي لهذه المؤسّسة ومشمولاتها والرقابة التي تخضع لها.

الفقرة الأولى : التنظيم الهيكلي

253- يخضع التنظيم البلدي إلى التقسيم التقليدي الذي يسري على مختلف الذوات الاعتباريّة والذي يعتمد **التمييز بين هيكل جماعي تفاوضي يعود له اختصاص البتّ في الشؤون المحلّية وهيكل تنفيذي يكون مكلّفا بتنفيذ المداولات الصادرة عن السّلطة التفاوضيّة.**

[222] انظر رقم 242 أعلاه

ويمثّل رئيس البلديّة **الهيكل التنفيذي** المكلّف بتمثيل البلديّة وبتنفيذ مختلف القرارات الصادرة عنها، ونظرا لأهميّة هذا الدور وصعوبة القيام به على الوجه الأكمل من طرف سلطة فرديّة وقع إحداث مكتبا بلديّا مكلّفا بمساعدة رئيس البلديّة على القيام بمهامه.

أ-النظام الأساسي لرئيس البلديّة

نهتمّ هنا بصفة خاصة بطرق تعيين رئيس البلديّة وبمدى تفرّغ رؤساء البلديّات للقيام بمهامهم على رأس البلديّة

1- طرق تعيين الرئيس

254- فيما عدا **رئيس بلديّة تونس الذي يعيّن بأمر من بين أعضاء المجلس البلدي**، فإن **جميع رؤساء البلديات يقع اختيارهم عن طريق الانتخاب داخل المجلس**، وتجري هذه العملية الانتخابية مبدئيا عند انعقاد الجلسة الأولى التي تلي تجديد المجلس أو انتهاء مهام رئيس البلدية السابق في صورة انتهاء مهامه بصفة مبكّرة، إلا أن هذه القاعدة لا تنطبق في حالة حلّ المجلس، حيث يقع تعيين نيابة خصوصية.

وفي صورة تجديد كامل المجلس يقوم الأعضاء البلديون بوظائف الرئيس والمساعدين حسب رتبهم بالجدول، وذلك من تاريخ انتصاب المجلس الجديد إلى تاريخ انتخاب الرئيس، كما يعوّض الرئيس في صورة حصول مانع للقيام بوظائفه بالمساعد الأوّل، وإن تعذّر ذلك بأحد المساعدين أو بمستشار ينتخب من طرف المجلس، ولا يمكن للرئيس الذي تعرّض إلى عقوبة العزل الترشّح من جديد لباقي المدّة الانتخابية، ولا يمكن انتخاب الرئيس إذا فقد المجلس نصف أعضائه، وإذا لم يتوصّل المجلس إلى اختيار رئيسه بالأغلبية المطلقة للمقترعين إثر دورتين من الاقتراع يقع إجراء دورة ثالثة، على أساس قاعدة الأغلبية النسبية، وفي صورة تعادل الأصوات يصرّح بانتخاب أكبر المرشحين سنّا.

255- ويعيّن الرئيس مبدئيا لنفس المدّة النيابية للمجلس البلدي، (خمس سنوات في التشريع الحالي بعد أن كانت لا تتجاوز ثلاث سنوات في ظلّ أمر 14 مارس 1957)، غير أن وظائف الرئيس يمكن أن تنتهي بصفة مبكّرة بالوفاة أو بحصول حالة من حالات عدم القابليّة للانتخاب (صدور عقوبة جزائية) أو بعدم الجمع أو بالاستقالة أو بالعزل، تضاف إلى ذلك الحالة الاستثنائية المتمثّلة في حلّ المجلس البلدي، وفي جميع هذه الحالات يباشر العضو المعوّض- المنتخب أو المعيّن - مهام الرئيس إلى حد انتهاء نيابة المجلس، ويعتبر رئيس البلدية من هذه الزاوية رئيس أغلبية المجلس البلدي، أي رئيس القائمة الفائزة بالانتخابات البلدية، وهو ما يفسّر نفوذه على المجلس.

2- مدى تفرّغ رؤساء البلديّات للقيام بمهامهم

256- لا يمارس رؤساء البلديات مهامهم كامل الوقت إلا في حالتين محدّدتين[223] :

- عندما تساوي أو تفوق المقابيض الاعتيادية للسنة السابقة مبلغ من المال يراجع بانتظام في بداية كلّ مدّة انتخابيّة.

- عندما يفوق عدد السكّان 150.000 نسمة

257- ويقرّ الفصل 93 جديد من القانون الأساسي مبدأ مجانية الوظائف البلدية، غير أن هذا المبدأ لا يحول دون استرجاع المصاريف في مقابل المأموريات الخاصة التي قد يكلّف رؤساء البلديات والمساعدين الأوائل ونواب الرئيس والمستشارين البلديين للقيام بها، وذلك في حدود المنحة اليوميّة التي تمنح للأعوان العموميين من صنف "أ" (الفصل 94 جديد من القانون الأساسي)

ويجد مبدأ مجانية الوظائف البلدية استثناء هاما يخصّ رؤساء البلديات المتفرّغين الذين يتمتّعون بمنحة تقديريّة يقع ضبط مقدارها بصفة فرديّة بالنسبة

[223] انظر الأمر عدد857 لسنة 2000 المؤرّخ في 24 أفريل 2000 والمتعلّق بقيام بعض رؤساء البلديات بمهامهم كامل الوقت

لكل رئيس بمقتضى أمر رئاسي (الفصل 95 جديد من القانون الأساسي)، ولا يمكن الجمع بين هذه المنحة ومنحة التمثيل، فهي ليست أجر وإنما مجرّد منحة تسند لرؤساء البلديات لتعويضهم عن فقدانهم لدخلهم بسبب التفرّغ.

ب- المكتب البلدي

258- **يساعد الرئيس للقيام بوظائفه أعضاء يختلف عددهم باختلاف عدد سكّان البلديّة المعنية بالشأن**، ويقع **اختيار المساعدين عن طريق الانتخاب** من طرف المجلس باعتماد نظام الاقتراع السرّي وبالأغلبية المطلقة ولنفس المدة النيابية التي ينتخب لها المجلس، ثم ينتخب **المساعد الأول** بنفس الطريقة من بين المساعدين.

وإضافة إلى هؤلاء الأعضاء يمكن للرئيس أن يستعين بنواب يعينون من طرفه على رأس الدوائر البلدية[224]، كما له أن يستعين برؤساء **اللجان** الذين يختارهم المجلس، وكذلك بالكاتب العام للبلدية.

ويعوّض المساعد الأول الرئيس في صورة حصول مانع لهذا الأخير، وقد سعى المشرّع[225] إلى **تكريس الصبغة الجماعية للعلاقة القائمة بين الرئيس ومساعديه**، وذلك بإحداث هيكلا جديدا أطلق عليه اسم **المكتب البلدي** أوكل له الفصل 18 من هذا القانون **مساعدة** " **رئيس المجلس البلدي في تسيير شؤون البلدية**"، **ويتركّب المكتب من المساعد الأول لرئيس البلدية والمساعدين ونواب الرئيس ورؤساء اللّجان والكاتب العام للبلدية.**

ويمارس هذا الهيكل **وظائف استشارية** تتمثّل في إعانة الرئيس على تسيير مختلف الشؤون البلدية.

[224] انظر رقم 225 أعلاه.

[225] انظر الباب الرابع من العنوان الثالث من القانون الأساسي للبلديات

259- وجدير بالإشارة أن أعضاء المكتب البلدي لا يمارسون اختصاصات ذاتية، فلا يمكن لهم التدخّل في المجالات المخصّصة للرئيس إلا بتفويض منه، في حدود ما أقرّه الفصل 86 جديد من القانون الأساسي.

الفقرة الثانية : مشمولات رئيس البلديّة

260- لا تعدّ البلديّة جماعة ترابيّة فحسب، وإنّما أيضا دائرة من الدوائر الإدارية التابعة للدولة، ولهذه الازدواجية تأثير مباشر على وضع رئيس البلديّة الذي يبدو من جهة سلطة لامحوريّة ومن جهة أخرى سلطة لامركزيّة

أ- رئيس البلدية سلطة لامحوريّة

يمارس رئيس البلدية في هذا الإطار نوعين من الاختصاصات: اختصاصات إدارية من جهة، واختصاصات عدلية من جهة أخرى

1- الاختصاصات الإدارية

261- **بوصفه عونا من أعوان الدولة يتولّى رئيس البلديّة في حدود دائرته الإداريّة تنفيذ القوانين والقرارات الصادرة عن السّلطة العامة**، كما عليه ممارسة الاختصاصات المسندة له بمقتضى قوانين خاصة، كتلك المتعلّقة بإعداد القوائم الانتخابيّة (الفصل 6 وما بعد من المجلّة الانتخابيّة)

2-الاختصاصات العدليّة

262- لرئيس البلدية وكذلك للمساعد الأول وللمساعدين ونواب الرئيس في الدوائر البلديّة **صفة ضابط الحالة المدنية**، وعليهم اتّخاذ الإجراءات اللاّزمة لحسن سير مصلحة الحالة المدنية من إقامة للرسوم وعناية بالدفاتر، ويمكن لهم أن يفوّضوا هذه الصلاحيات (الفصل 77 و78 جديدان من القانون الأساسي).

وتمارس هذه الاختصاصات العدليّة تحت رقابة النيابة العمومية. وتكون النزاعات المتولّدة عنها راجعة بالنظر إلى اختصاص المحاكم العدليّة[226].

[226] انظر :

G. Vedel et P. Delvolve- *droit administratif*, 2, P.U.F, Collect. Themis, 11éme édit., 1990, p.497

ب- رئيس البلدية سلطة لامركزيّة

263- يعتبر الرئيس **الهيكل التنفيذي للبلدية** يتمثّل دوره في **تمثيل البلديّة و تنفيذ مختلف القرارات الصادرة عنها**، بيد أن **واقع العمل البلدي يبرز أن دوره لا يقتصر على التنفيذ** فحسب، كما يفرضه ذلك التنظيم النظري للجماعات المحلّية، بل **يتعدّى ذلك ليجعل من رئيس البلديّة المحور الأساسي للتنظيم البلدي**.

ويمارس رئيس البلدية بوصفه سلطة لامركزيّة اختصاصات ذاتيّة وأخرى ذات صلة بالمجلس البلدي، ويمكن أن نضيف إليها المشمولات المفوّضة له من المجلس[227].

1- الاختصاصات الذاتيّة لرئيس البلدية

يجب التمييز في هذا الإطار بين اختصاص الضبط الإداري وبقيّة الاختصاصات الذاتيّة التي تعود إلى الرئيس

* اختصاص الضبط الإداري

264- يعتبر **هذا الاختصاص من أهمّ المشمولات الذاتيّة للرئيس.**

وما يشدّ الانتباه بخصوص هذه المسألة هو التغيير الحاصل في المصطلحات القانونية عند إصدار القانون الأساسي للبلديات عدد 33 لسنة 1975 وإلغاء العمل بالأمر القديم المؤرّخ في 14 مارس 1957، ذلك أن عبارة " الشّرطة البلدية " أو " الضبط الإداري" التي كانت واردة في القانون القديم قد عوّضت في التشريع الجديد بعبارة " **التراتيب البلدية** ".

265- وجدير بالذكر أن الاختصاصات الراجع لرئيس البلدية في مجال الضبط تتداخل مع الاختصاصات التي تمارسها سلطات الضبط الإداري العليا - العام أو الخاص- إما بصفة مبدئية وإما بمقتضى نصوص تشريعيّة خاصة،

[227] التي نصّ عليها الفصل 68 من القانون الأساسي

كذلك المتعلّقة بالمنافسة والأسعار[228]، وليس من شك في أن التطوّر المستمرّ الذي يشهده الضبط الإداري الخاص يؤدي إلى الحدّ من أهميّة الضبط الإداري المحلي[229].

ويتأكد بالرجوع إلى الفصل 80 جديد من القانون الأساسي للبلديات أن الضبط الإداري المحلّي يندرج ضمن الضبط الإداري الوطني (عام أو خاص) بصورة تؤدي إلى تصنيف تفاضلي للتراتيب يعتمد مكانة السّلطة الإدارية المصدرة لها، ولا يعني هذا إلغاء الاختصاص الذاتي لرئيس البلدية كلّما تدخّلت سلطة إداريّة عليا في مجال الضبط الإداري، وإنما يفيد فقط **أن قرارات رئيس البلدية يجب أن تكون متلائمة مع التراتيب العليا دون نفي إمكانية تعديل تلكم التراتيب في اتّجاه التشديد** كلّما اقتضت ذلك الظروف المحلّية[230].

266- ولا يمكن للمجلس البلدي التدخّل في هذا المجال على أساس الفصل 25 فقرة عاشرة من القانون الأساسي للبلديات، ذلك أن النصّ الذي خصّ رئيس البلدية باختصاص الضبط إنما هو نصّ خاص. وبالرجوع إلى القاعدة الأصولية القائلة بأنه إذا خصّ القانون صورة معينة بقي إطلاقه في جميع الصور الأخرى التي تعني أنه إذا اجتمع على موضوع واحد نصّان أحدهما خاص والثاني عام انطبق الأول دون الثاني[231]، فإن التراتيب العامة المتّخذة من طرف المجلس في إطار الفصل 25، فقرة عاشرة من القانون الأساسي للبلديات لا يمكن أن تشمل مجال تراتيب الضبط كما هي محدّدة بمقتضى الفصول 80 و81 و82 من هذا القانون[232].

[228] القانون عدد64 لسنة 1991 المؤرخ في 29جويلية1991 كما وقع تنقيحه بالنصوص اللاحقة
[229] انظر رقم 515 أسفله
[230] راجع رقم 516 أسفله
[231] الفصل 534 من م. ا. ع.، حول تطبيق هذه القاعدة انظر القرار التعقيبي المدني عدد11571 الصادر بتاريخ 04 جانفي1975، ن 1976، ص 5
[232] راجع حول هذا الموضوع : Y. Ben Achour- *droit administratif*, op. cit. n° 230 et suiv.

وقد تأكّد هذا الاتّجاه بصدور الفصل 85 جديدة من القانون الأساسي الذي اقتضي أن "**يتولّى رئيس البلديّة مهام التراتيب البلديّة ويكلّف أعوان الأمن بتنفيذ قراراته طبقا لأحكام الفصول 80 و81 و82 من هذا القانون**"، وهو ما ينفي إمكانيّة تدخّل المجلس في هذا المجال بواسطة "التراتيب العامة".

267- وفيما يتعلّق بأهداف الضبط المحلي اقتضى الفصل 81 من القانون الأساسي أن التراتيب البلدية ترمي إلى " **تحقيق الراحة والصحّة العامة والمحافظة على إطار عيش سليم يسمح بالإدماج الملائم للمتساكنين في محيطهم**".

268- ولا يفوتنا أن نلاحظ من جهة أخرى **إقحام البعدين البيئي والجمالي ضمن أهداف الضبط الإداري** إلى جانب الأهداف التقليدية المتعلّقة بالراحة والصحّة العامة[233]، ويمكن أن نضيف إلى هذه القائمة ما يخوّله الفصل 82 جديد من القانون الأساسي من سلطة اتّخاذ التراتيب الخاصة بالجولان وحفظ الصحة وأمن الطرقات بملك الدولة العمومي داخل المنطقة البلدية أو بالطرقات البلدية التابعة للملك العمومي البلدي.

269- ويلاحظ أن التدابير التي يتّخذها رئيس البلدية في هذا المجال تتّخذ شكل قرارات بلدية تنفّذ بواسطة أعوان الشرطة التابعين للدولة أو بواسطة أعوان التراتيب البلديين[234].

* بقيّة الاختصاصات الذاتيّة للرئيس

270- يمارس رئيس البلديّة بوصفه **رئيس الإدارة سلطة رئاسيّة مباشرة على الأعوان البلديين**، إذ يتولى تسمية العملة والأعوان من صنف أ2 وأ3 وب وج

[233] تمت هذه الإضافة الأخيرة بمقتضى الفقرة السابعة من الفصل 81 من القانون الأساسي المنقح بالقانون المؤرّخ في 17 جويلية 2006 الذي كرّس فقه قضاء المحكمة الإداريّة في هذا الشأن وأصبح يخوّل لسلطة الضبط المحلي اتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على الجمالية الحضريّة بالشوارع والساحات والطرقات والعموميّة والخاصة مع احترام الخصوصيّات العمرانيّة والمعماريّة والتاريخيّة والبيئيّة للمنطقة البلديّة
[234] كما تم تعريفهم بمقتضى الأمر عدد 1728 لسنة 1992 المؤرخ في 28 سبتمبر 1992 المتعلّق بضبط النظام الأساسي الخاص بأعوان سلك مراقبي التراتيب البلدية.

ود بالخطط البلدية وترقيتهم ونقلتهم بين المصالح البلدية وإيقافهم موقّتا عن العمل وتسليط العقوبات التأديبية من الدرجة الأولى عليهم، وأمّا بقيّة القرارات التي تتعلّق بمسارهم الوظيفي، وخاصة منها القرارات التأديبية من الدرجة الثانية، فهي تخضع إلى التأشيرة المسبّقة للوالي.

ويتولّى رئيس البلديّة في نطاق هذا الاختصاص توجيه ومراقبة أعمال كافة أعوان البلديّة، يوجّه لهم الأوامر والتعليمات ويعدّل أو يلغي ما يتعيّن تعديله أو إلغاؤه مما يصدر عنهم من قرارات

271- ولرئيس البلدية أيضا اختصاصات ذاتية هامة في المجال العمراني تتمثل في **إسناد رخص التقاسيم** (الفصل 59 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير) **ورخص البناء** (الفصل 68 من الملة المذكورة) والسهر على احترام القواعد العمرانية داخل المنطقة البلديّة، كما يتولى **المحافظة على الملك العمومي البلدي،** إذ يتولّى إسناد الرّخص فيْ التصفيف حذو الملك المذكور، ومعاينة المخالفات التي تستهدف هذا الملك ، وتتبّع مرتكبيها أمام المحاكم.

2- اختصاصات رئيس البلدية ذات الصلة باختصاص المجلس

272- يعدّ رئيس البلدية رئيس المجلس البلدي، وبهذه الصفة يعتبر **الممثّل القانوني للبلديّة في جميع الأعمال المدنية والإدارية**، فله حق تمثيلها أمام المحاكم، وهو الذي يتولّى إعداد مداولات المجلس ويدعوه للانعقاد ويضبط جدول أعماله ويترأس جلساته ويسيّر النقاش خلالها ويسهر على حفظ النظام العام بالجلسة، ويؤكّد هذا النوع من الاختصاص نفوذ الرئيس إذ يخوّل له **توجيه أعمال المجلس** وفرض خياراته على أعضائه.

273- ومن جهة أخرى **ينفّذ رئيس البلديّة مداولات المجلس في مختلف مجالات الشؤون المحليّة** ويتّخذ بهذه الصفة التدابير اللاّزمة لإدارة الممتلكات، ورعاية الحقوق التي يتكوّن منها الملك البلدي، والتصرّف في المداخيل، وإصدار الأذون بالدفع، ومراقبة الحسابات البلدية، وإبرام عقود البيع والكراء، والمعاوضة

والمقاسمة والاقتناء والمصالحة، وقبول الهبات والتبرعات، وإبرام العقود المتعلّقة بالصفقات العموميّة، ومراقبة حسن تنفيذها، الخ.

274- وإلى جانب هذه الاختصاص يمارس رئيس البلديّة **اختصاصات بالتفويض** عن المجلس البلدي في مجالات عديدة تعرّض لها الفصل 75 جديد من القانون الأساسي، نذكر من بينها ضبط وتغيير استعمال الأملاك البلديّة ونيابة البلديّة في القضايا العدليّة والإداريّة، وهذا الاختصاص يحتاج في اعتقادنا – حتى ينعقد صحيحا – إلى صدور قرار صريح عن صاحب السّلطة في تفويض ما له من اختصاص إلى المفوّض له، غير أن الفقرة الأخيرة من الفصل المذكور قد اقتصرت على اقتضاء مصادقة المجلس على كلّ ما يتّخذه الرئيس من قرارات بالتفويض.

الفقرة الثالثة : الرقابة على رئيس البلدية

تتّخذ الرقابة التي تسلّط على رئيس البلدية شكلين مختلفين: رقابة يمارسها المجلس البلدي ورقابة تمارسها سلطة الإشراف

أ- رقابة المجلس البلدي

275- إن لم تكن للمجلس سلطة عزل رئيس البلدية فإن له سلطة تعيينه عن طريق الانتخاب باستثناء الحالة الخاصة المتعلّقة برئيس بلدية العاصمة الذي يعيّن بأمر رئاسي من بين أعضاء المجلس، وبهذه الطريقة تكون السّلطة التنفيذيّة مسؤولة عن أعمالها أمام السّلطة التفاوضية، ونتيجة لذلك يقرّ فقه القضاء لفائدة أعضاء المجلس "حقّ الإطلاع على كل ما يتعلّق بالشؤون البلدية"[235]، فإذا كان المجلس في خلاف مع سياسة الرئيس يمكن له التصدّي لمشاريعه وإرغامه على الاستقالة أو حتّى التسبّب في حلّ المجلس من قبل سلطة الإشراف، في انتظار

[235] CE, 09 novembre 1973, *Commune de Pointe à Pitre*, RDP 1973, note Waline

اللّجوء إلى تحكيم الناخبين بتنظيم انتخابات جديدة، غير أن هذه الحالة تبقى نظريّة باعتبار تكتّل الحياة السياسية في تونس.

276- ومن ناحية أخرى ينظر المجلس سنويًا في الحساب المالي المقدّم من طرف رئيس البلديّة تنفيذا لميزانيّة البلديّة في جلسة يحضرها هذا الأخير ولكن دون المشاركة في الاقتراع، فإذا قرّر المجلس رفض نفقة اعتبرها غير شرعية، فإنّ المسؤولية المدنية للرئيس تكون قائمة إزاء البلدية.

ب- رقابة سلطة الإشراف

يجب التمييز بين الرقابة التي تنصبّ على رئيس البلديّة وبين الرقابة التي تنصبّ على أعماله.

1-الرقابة على الرئيس

277- يمكن لسلطة الإشراف أن تتّخذ **إجراءات تأديبيّة ضد رئيس بلديّة ارتكب أخطاء أو ظهرت منه تجاوزات خطيرة في أداء مهامه**، ومن بين تلك الإجراءات نذكر خاصة :

- **الإيقاف لمدّة لا تتجاوز ثلاثة أشهر بمقتضى قرار من وزير الداخلية**
- **العزل بمقتضى أمر رئاسي**

ونشير إلى أن العقوبتين المذكورتين مستقلتان عن بعضهما، إذ يمكن لسلطة الإشراف أن تلجأ إلى واحدة دون الأخرى، كما يجوز أن يكون قرار الإيقاف مصحوبا بقرار عزل لاحق، وباعتبار خطورة هذا الإجراء، أقرّ الفصل 67 جديد من القانون الأساسي للبلديات للمعني بالشأن ضمانات أساسية تتمثّل في ضرورة التعليل وضرورة سماع رئيس البلديّة المدان، أو مطالبته بالإدلاء ببيانات كتابية بخصوص التصرّفات المؤاخذ من أجلها. ويمكن لهذا الأخير في جميع الحالات

اللّجوء للقضاء والمطالبة بإلغاء القرار الصادر ضده إذا رأى أنه مخالف للمشروعية القانونية[236].

2- الرقابة على أعمال الرئيس

278- تختلف حدّة الرقابة التي تنصبّ على أعمال الرئيس باختلاف الصفة المتّصلة بهذه الأعمال، فإذا كانت الرقابة تستهدف **أعمال الرئيس بوصفه عونا من أعوان الدولة فإنها تتّخذ شكل السلطة الرئاسية** التي قد تصل إلى توجيه الأوامر و التعليمات، وإذا كانت الرقابة تستهدف **أعماله بوصفه سلطة لامركزية فإنها تتّخذ شكل رقابة الإشراف** ولا تخوّل لصاحبها إلاّ عدم الموافقة أو تعليق أو إلغاء القرارات البلدية في آجال محدّدة (15 يوم من تاريخ إيداعها بمقرّ الولاية مع اختصار هذا الأجل إلى أسبوع بالنسبة للتراتيب البلديّة والقرارات المتّخذة تنفيذا لمداولات المجلس البلدي)، **وقد تصل هذه الرقابة إلى الحلول في صورة امتناع رئيس البلدية أو تقاعسه عن القيام بعمل من الأعمال تفرضه عليه القوانين أو التراتيب، ولكن بعد تنبيهه بضرورة القيام بذلك من طرف الوالي** (الفصل 84 جديد من القانون الأساسي). ويمتدّ هذا الشكل من الرقابة إلى تقدير مدى تلاؤم التدابير المتّخذة من طرف رئيس البلدية في مادة الضبط الإداري مع الظروف المتعلّقة بالمحافظة على الصحّة والراحة العمومية[237].

الفرع الرابع: التنظيم البلدي الاستثنائي

279- إن الزحف العمراني المتواصل قد خلّف أوضاعا كان من الصعب تأطيرها بواسطة الوسائل التقليدية للتنظيم البلدي. وتتعلّق هذه الأوضاع بالمدن الصغرى من جهة وبالتجمّعات العمرانية الكبرى من جهة أخرى، فلئن كانت الأولى مهدّدة بالتلاشي نتيجة لقلّة الموارد المادية والبشرية، فإن الثانية – التي تمثّل وحدة اقتصادية واجتماعية دون وجود وحدة قانونية – تشكو من تشتّت وتفاوت الوسائل، وهو ما يستوجب تجميعها وترشيد طرق التصرّف فيها.

236 CE, 14 janvier 1916, *Camino*, GAJA, n° 30

237 انظر: فتحي جامع- رقابة الإشراف على البلديات في القانون الإداري التونسي، مجلة الإدارة العامة التونسية "في خدمتك" العدد 41، سنة 1988

ولتجاوز هذه الصعوبات أقرّ المشرّع ثلاث وسائل أساسية وهي على التوالي: الإدماج (الفقرة الأولى) والتعاون والشراكة (الفقرة الثانية) والمؤسّسات العمومية الترابية (الفقرة الثالثة)

الفـــقـــرة الأولى: الإدماج

280- لقد اختار المشرّع التونسي طريقة **الإدماج بواسطة السّلطة المركزيّة وهي طريقة لا تتماشى مع مبادئ التنظيم المركزي** إذ ينصّ الفصل السادس فقرة ثانية من القانون الأساسي للبلديات أن إدماج البلديات يتمّ " بأمر أو باقتراح من وزير الداخلية بعد أخذ رأي الوالي أو الولاّة المعنيين واستشارة المجالس البلديّة المعنيّة، ولا يمكن أن يتم الإدماج البلديّات أو تقسيمها خلال السنتين المواليتين للانتخابات المجراة قصد التجديد الكلي للمجالس البلديّة..."، ولا يقيّد الرأي الذي يبديه المجلس السّلطة المختصّة، ويؤدي الإدماج إلى حلّ المجالس البلدية المعنية بهذه العملية ونقل جميع التزاماتها وحقوقها إلى البلديّة التي أدمجت فيها، ويتمّ الإحصاء العام لهذه الالتزامات والحقوق بإذن من وزير الداخلية، كما تتمّ العمليات الحسابية للتصفية بإذن من وزير المالية.

وقد وقع اعتماد هذا الأسلوب في مناسبات عديدة في السبعينات بالنسبة للبلديات الساحلية الكبرى.

الفقرة الثانية : التعاون والشراكة

تسعى الدولة – دون تحقيق نتائج ملموسة في هذا المجال- \إلى دفع التعاون بين البلديات عن طريق الندوات البلدية من جهة وأساليب الشراكة من جهة أخرى

أ- الندوات البلديّة

281- تمثّل **الندوات الدورية بين البلديات فرصة هامة للحوار وتبادل التجارب في مجال العمل البلدي**، وقد وقع حصر هذه الندوات بمقتضى الفصل 138 جديد من القانون الأساسي في المستويين الجهوي والوطني، وذلك باعتبار أن المستوى المحلي لم يعد يشكل مجالا ملائما لعقد مثل هذه الملتقيات، نظرا لارتفاع عدد المعتمديات.

وتضمّ الندوات الجهوية التي تنعقد سنويا في نطاق الولاية كافة أعضاء المجالس البلديّة ومعتمدي المنطقة. ويترأس هذه الندوات الجهوية والي الجهة، أما الندوات الوطنيّة التي تعقد كل سنتين بحضور الولاّة فهي تضم في النطاق الوطني رؤساء المجالس البلدية والمساعدين الأول، ويترأس هذه الندوات الوطنية وزير الداخليّة.

ب- الشراكة

282- ويشكّل أسلوب **الشراكة إطارا للتعاون بين البلديات يخوّل لها تجميع طاقاتها لإنجاز مشاريع أو القيام بأنشطة ذات مصلحة مشتركة**، كما تمثّل هذه التجمّعات مناسبة لمناقشة المسائل المشتركة[238]، وقد تمّ دعم هذه الطريقة بصدور القانون الأساسي عدد 48 لسنة 2006 الذي تضمّن **بابا كاملا يتعلّق بوسائل تعاون جديدة بين البلديّات** تهدف إلى إنجاز مشاريع أو قيام بخدمات أو استغلال معدّات أو مرافق في مسائل ذات مصلحة مشتركة.

الفقرة الثالثة : المؤسّسات العموميّة الترابيّة

وهي نوعان : النقابة البلديّة من جهة والوكالة العمرانيّة لتونس الكبرى من جهة أخرى

أ- النقابة البلديّة

283- تعدّ النقابة البلدية **أسلوبا للتعاون بين البلديات ينصهر في نطاق مؤسّسة عمومية ذات صبغة ترابية** [239] تهدف إلى تمكين بلديتين فأكثر من **تجميع طاقاتها وتنـــسيق أعمـــالها لإنجاز مشاريع أو القيام بأنشطة ذات صبغة مشتركة.**

[238] انظر : توفيق بوعشبة- مبادئ القانون الإداري التونسي، المدرسة القومية لـــلإدارة، الطبعـــة الثانية، سنة 1995، ص 136 و137

[239] حول المؤسسات العمومية انظر الفرع الرابع من الباب الثاني من الجزء الثالث أسفله

ولئن كانت النقابة البلديّة تمثّل نظريّا طريقة مثلى من حيث ترشيد استعمال الوسائل المادية والبشريّة التي قد ترصد لهذه المؤسّسة فإن التجربة التونسية في هذا المجال لم تكلّل بالنجاح[240]، ويبدو أن أسباب التهميش تعود إلى المركزية المفرطة التي تميّز طريقة الإحداث وإلى رفض البلديّات مبدأ التعاون فيما بينها خشية من أن يؤدي ذلك إلى التخلّي عن البعض من اختصاصاتها.

ب – الوكالة العمرانية لتونس الكبرى

284– تمثّل **الوكالة العمرانية لتونس الكبرى مؤسّسة عموميّة ذات صبغة ترابية** تتمتّع بالشخصية المعنويّة والاستقلال المالي، حلّت محلّ إقليم تونس إثر تقسيم تونس إلى ولايتين لغاية تنسيق وتوجيه ومراقبة التطوّر العمراني في تراب الإقليم[241]، وقد بدأ التفكير في مراجعة تنظيم هذه المؤسّسة منذ صدور القانون الأساسي المؤرخ في 4 فيفري 1989 المتعلّق بالمجالس الجهوية الذي وسّع في مجال تدخّل البلديات في المجال العمراني، وهو ما جعل مسألة تحديد العلاقة القائمة بين هذه المجالس وبين المؤسّسة العموميّة الترابية أمرا ضروريا، غير أنه لم يتمّ إحداث هذه المؤسّسة إلا سنة 1995 بمقتضى القانون عدد 108 المؤرخ في 25 ديسمبر 1995، وبعد ذلك صدر الأمر عدد 2242 المؤرخ في 18 نوفمبر 1996 لينظّم هذه الوكالة.

1 – مشمولات الوكالة

285– لئن كان إحداث هذه المؤسّسة يهدف أساسا إلى محاولة إيجاد الحلول الملائمة لتجاوز الصعوبات الحادة الناتجة عن التقدّم العمراني السريع في التجمّعات العمرانية الكبرى، فإن هذا التصوّر لم يقع تجسيمه على أرض الواقع، ذلك أن المشرّع قد اكتفى بحصر مهمّة الوكالة في " **القيام بالدراسات المتعلّقة بالتهيئة**

[240] انظر في هذا الشأن:

A. Mestre- *Les services publics de l'administration tunisienne*, op.cit., p.133

[241] انظر :

T. Bouachba- *Le district de Tunis*, in *l'administration territoriale en Tunisie et au Maghreb*, C.M.E.R.A, Ed., Guessous , Rabat, 1989, p. 369 et suiv.

العمرانية ومساعدة الجماعات المحلّية في هذا المجال" (الفصل 3)، بهذا الاعتبار تبدو الوكالة بمثابة مكتب دراسات مختصّ في المسائل العمرانية يعمل لفائدة الجماعات المحلّية بالدائرة الترابية الراجعة له بالنظر. ويتأكّد ذلك من خلال الاختصاصات المسندة له المتمثلة بالخصوص في :

* تنمية وظيفة رصد النمو العمراني
* تطوير مهمّة المتابعة والمراقبة الفنية لدراسات التهيئة العمرانية ومساعدة الجماعات المحلّية على إنجاز هذه الدراسات
* إنجاز الدراسات العامة ذات الصلة بقطاع التجهيز والإسكان ودراسة الجدوى الاقتصادية للمشاريع الكبرى والبيئة الأساسية
* متابعة إنجاز العمليات والمشاريع العمرانية الكبرى التي كلفت بها
* القيام ببحوث تطبيقية وإدخال الطرق الحديثة المتعلّقة بالإنجاز
* المتابعة والتسيير في ميدان التهيئة والتعمير وتنظيم دورات وملتقيات للتكوين والإرشاد في الغرض
* إسداء الخدمات في المجال العمراني، بمقابل مالي بطلب من الهياكل والمؤسّسات العمومية والخاصة التونسية منها والأجنبية

2 – هياكل الوكالة

286– تتمثّل هياكل الوكالة في المدير العام واللّجنة الاستشارية والمصالح الفنّية، و يوجد على رأس الوكالة مدير عام معيّن بمقتضى أمر باقتراح من وزير التجهيز والإسكان، مكلّف بتسيير الوكالة وبتمثيلها لدى كافة الجهات المختصة، ويخضع هذا العضو في جميع أعماله إلى التراتيب الجاري بها العمل وإلى " توجيهات" سلطة الإشراف وهو ما يحدّ بدرجة كبرى من استقلاليته إزاء الإدارة المركزية.

287– ومن جهة أخرى أحدث أمر 18 نوفمبر 1996 لجنة استشارية تتركّب من ممثّلين عن الوزارات المعنيّة بالمسائل العمرانية، وممثلين عن المجالس

الجهوية لولايات تونس وأريانة وبن عروس، وممثّلين عن بلديّات هذه المدن، مكلّفة بمساعدة المدير العام في أداء مهامه.

288- أمّا المصالح الفنية فهي تشتمل على ثلاث إدارات وهي : إدارة الدراسات والبحوث، وإدارة مساعدة الجماعات المحلّية، وإدارة التصرّف في المعلومات العمرانية. وتسعى هذه المصالح عمليا إلى تحقيق الأغراض التي بعثت من أجلها هذه المؤسّسة.

3- موارد الوكالة

289- تتكوّن موارد الوكالة من موارد ذاتية متأتية من مداخيل الخدمات التي تقدّمها للمؤسّسات العمومية والخاصة من جهة ومن محصول القروض التي تسند لها لتحقيق برامجها من جهة أخرى، إلى جانب جميع الموارد المحدثة أو المحالة لها بمقتضى القانون والهبات والوصايا.

وتتمثّل بقية الموارد في تحويلات من ميزانية الدولة، إما في شكل اعتمادات مرصودة لها بعنوان منابها من المال المشترك للجماعات المحلّية، وإمّا في شكل مساهمات وإعانات مقدّمة لها من طرف الدولة.

المبحث الثاني: الولاية كجماعة ترابية

290- لقد سبق لنا الإشارة إلى الطبيعة المزدوجة للولاية التي أصبحت تمثّل بصفة تدريجية جماعة لامركزية إلى جانب صبغتها التقليدية التي تجعل منها دائرة أساسية لإدارة الدولة يتولّى شؤونها الوالي[242].

ويتجسّم ذلك من خلال ما نصّ عليه الفصل الأول من القانون الأساسي عدد 11 لسنة 1989 المؤرّخ في 04 فيفري 1989 من أن :

[242] انظر رقم 194 أعلاه

" **الولاية دائرة ترابية للدولة، وهي علاوة على ذلك جماعة عمومية تتمتّع** بهذه الصفة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ويدير شؤونها مجلس جهوي وتخضع إلى إشراف وزير الداخلية".

وبمقتضى هذا القانون الذي رفع الالتباس الذي كان يحوم حول الطبيعة القانونية لهذه المؤسّسة[243] أصبحت الولاية تمثّل فعلا جماعة ترابيّة لامركزية.

على أن **اللامركزية في نطاق الولاية تبدو أقلّ امتدادا وأقلّ عمقا من اللاّمركزية التي تمارس في النطاق البلدي**[244]، فليس للولاية هياكل منتخبة وليس للمجلس الجهوي سلطة كاملة في إدارة الشؤون المحلّية.

وعلى هذا الأساس وخلافا لما هو الحال في نطاق البلدية **يغلب التنظيم المركزي على التنظيم اللاّمركزي في نطاق الولاية.**

وسوف نحاول فيما يلي إبراز حدود هذا النوع من التنظيم باستعراض الهياكل المكلّفة بالتسيير المتمثلة في المجلس الجهوي من جهة ورئيس هذا المجلس من جهة أخرى.

الفرع الأول : المجلس الجهوي

291- يمثّل **المجلس الجهوي**[245] الهيكل الأساسي للاّمركزية الجهوية، وقد عرفت طرق تنظيمه وتسييره تطوّرا ملحوظا جعلته يمثل " **فضاء انتقاليا للتوفيق بين المصالح المركزية والمحلّية للإدارة** "، ولكن دون الارتقاء به إلى درجة الهيكل الإداري المستقلّ فعليا عن الهياكل الإدارية للدولة.

[243] ينصّ الفصل الأول من القانون عدد54 لسنة 1963 المؤرخ في 30 ديسمبر 1963 أن "مجلس الولاية يمثل جماعة عمومية لها الشخصية المدنية والاستقلال المالي".

[244] انظر : Y. Ben Achour – *droit administratif*, op, cit , n° 286 et suiv. et H. Ben Salah – *l'organisation administrative de la Tunisie* , op.cit, p. 146 et suiv.

[245] راجع : M. Lakhdar – *l'institution des conseils régionaux, ou le recyclage de la décentralisation, in* AJT n °3, 1990, p. 79

الفقرة الأولى : تركيب المجلس

292- يعتبر المجلس الجهوي **الهيكل التفاوضي للولاية** بوصفها جماعة محلّية، **ولا يعيّن أعضاء المجلس عن طريق الانتخاب المباشر كما تفرضه ذلك مبادئ التنظيم اللاّمركزي**، وإنما **بمفعول القانون**، إذ ينصّ الفصل السادس من القانون عدد 11 لسنة 1989 على أن المجلس الجهوي يتركب من: 1) الوالي (رئيسا) و2) من أعضاء مجلس النواب الذين يتم انتخابهم بدائرة الولاية أو بدوائرها و3) من رؤساء البلديات بالولاية و4) من رؤساء المجالس القروية. وإلى جانب هؤلاء الأعضاء الذين يشاركون في أعمال المجلس مع حقّ التصويت يتركب هذا الهيكل من أعضاء آخرين، يقع تعيينهم من قبل الوالي لحضور أعمال المجلس على أساس كفاءاتهم وخبراتهم في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتربوية، ولا يتمتّع هؤلاء بحقّ التصويت وكذلك رئيس المجلس.

293- وما يلفت الانتباه بخصوص تركيب المجلس هو رفض السّلطة العامة تكريس لامركزية حقيقية في المستوى الجهوي وعدم اعترافها بحقّ هذه التجمّعات في اختيار ممثليها عن طريق الانتخاب الحرّ المباشر.

علـــى أن هذا الرفض لا ينفي سعي السّلطة العامة إلى تطوير تمثيلية المجلس وذلك بحذف التمثيل الحزبي الذي كان سائدا في ظلّ التنظيم القديم[246]، وتعويض أعضاء لجان التنسيق للحزب الحاكم بأعضاء مجـــلس النواب التابعين للولاية، وتعيين البعض منهم من بين المستشارين المنتمين إلى قائمات غير التي تحصّلت على السقف الأقصى من المقاعد بالمجلس البلدي، أي وبعبارة أخرى القائمات المستقلّة أو قائمات أحزاب المعارضة، وذلك طبقا لأحكام الفصل الثاني من القانون الأساسي عدد8 المؤرخ في 28 جانفي 2002 المنقّح للقانون عدد11 لسنة 1989.

[246] حول هذا التنظيم، انظر :

M. Chaker- *la problématique de la régionalisation en Tunisie*, Servir n° 25-26- 1979. II, 1980, I.

ومن جهة أخرى يبدو تعويض رؤساء النقابات برؤساء المجالس القروية منطقيا في غياب حضور فعلي لهذه النقابات في مستوى التنظيم الإداري، وأما إدخال الخبرات والكفاءات المحلّية في تشكيلة المجلس، فهو تمش يتلاءم ومقتضيات الإدارة العصرية وما تتطلّبه من تخصّص ومن تفتّح على محيطها الخارجي.

الفقـــرة الثانية : سير عمل المجلس

294- يجتمع المجلس الجهوي وجوبا في **أربع دورات اعتيادية في السنة** بحساب دورة كل ثلاثة أشهر، كما يمكن له أن يجتمع في **دورات استثنائية كلّما دعت الحاجة إلى ذلك**، أو بطلب من نصف أعضائه، وتعقد اجتماعات المجلس بدعوة كتابية يوجّهها رئيسه إلى كافة أعضائه قبل سبعة أيام على الأقلّ من الاجتماع مع إمكانية اختصار هذا الأجل في صورة التأكد، وفي الحالات الاستثنائية التي تحول دون التئام المجلس بصورة عادية، يمكن للرئيس أن يتّخذ الإجراءات اللاّزمة التي تقتضيها الظروف، وعليه إحاطة المجلس علما بذلك عند زوال هذه الأسباب. وللمجلس أن يشكّل لجانا قطاعية قارة وأخرى غير قارة يقع تعيين رؤسائها من قبل رئيس المجلس، طبقا لأحكام الفصل 17 من قانون 4 فيفري 1989 وللنظام الداخلي النموذجي للمجالس الجهوية المصادق عليه بمقتضى أمر 27 جويلية 1992، وتكون جلسات المجلس عمومية ما لم يقرّر الرئيس سرّيتها. وتؤخذ القرارات **بالوفاق**، وهي طريقة غير مألوفة في القانون الإداري، يتّخذ فيها القرار بدون اللّجوء إلى التصويت، كلّما لم يلاق مقترح القرار أي اعتراض صريح من طرف أعضاء المجلس[247].

الفقرة الثالثة : مشمولات المجلس

295- تبدو مشمولات المجلس واسعة في مستوى النصوص القانونية ومحدودة في مستوى التطبيق بحكم القيود المتعلّقة بكيفية اتّخاذه لقراراته وسيطرة الوالي على أعماله.

[247] حول هذه الطريقة راجع : Y. Ben Achour- *droit administratif*, op.cit, n° 291 et suiv.

يقتضي الفصل الثاني من القانون الأساسي أن المجلس **ينظر في كل المسائل التي تتعلّق بالولاية**، ويتولّى بالخصوص إعداد المخطّط الجهوي للتنمية، وأمثلة التهيئة العمرانية في المناطق غير البلدية، كما يعود له البتّ في مختلف البرامج الجهوية للتنمية، والسهر على إنجازها، وعلى إنجاز المشاريع ذات الصبغة الجهوية التي تحدّدها الوزارات المعنية، كما يقوم المجلس أيضا بالتنسيق بين البرامج الجهوية والبرامج الوطنية بالجهة، وبرامج البلديات بالولاية، وفي هذا الإطار يتولّى المجلس دفع التعاون بين البلديات التابعة للولاية والسهر على إنجاز مشاريع مشتركة بينها، كما يعود له التصرّف في الممتلكات والمكاسب الراجعة للجماعة المحلّية.

وفي المستوى المالي يبتّ المجلس في ميزانية التصرّف والتجهيز وفي الأداءات والمعاليم المقترح استخلاصها لفائدة الجماعة العمومية، مع الإشارة إلى أن المجلس قد أصبح يتصرّف في الاعتمادات المرصودة بميزانية الوزارات والمخصّصة لنفقات التسيير والتجهيز ذات الصبغة الجهوية منذ صدور قانون المالية لسنة 1989[248].

296- وإضافة إلى ذلك يمارس المجلس اختصاصات استشارية تتمثّل بالخصوص في إبداء الرأي في البرامج والمشاريع التي ستنجز بالولاية من طرف الدولة أو المؤسّسات العمومية.

الفقرة الرابعة : رقابة الإشراف على المجلس

297- لا تختلف هذه الرقابة عن تلك التي تمارس على المجالس البلدية إلا في أجزاء ضئيلة وبصفة عامة في اتّجاه التخفيف.

298- ففي مستوى الرقابة على الأشخاص **يمكن لوزير الداخلية بعد أخذ رأي والي الجهة توقيف المجلس مؤقّتا عن النشاط لمدّة لا تتجاوز الشهرين، كما يمكن حلّ المجلس لأسباب خطيرة**، غير أن ذلك لا يمكن أن يتمّ إلا بأمر معلّل،

[248] انظر الفصل 77 من قانون المالية المؤرخ في 31 ديسمبر 1989 الذي أضاف الفصلين 78 مكرر و87 مثلث لمجلة المحاسبة العمومية

وفي هذه الحالة يقع تعيين نيابة خصوصية تحت رئاسة الوالي للقيام بوظائف المجلس.

299- وفي مستوى الرقابة على الأعمال يميّز القانون بين حالات الإلغاء الوجوبي وحالات الإلغاء الاختياري، وهو نفس التمييز الذي نجده في نطاق القانون الأساسي للبلديات.

ويمكن أن يصدر طلب الإلغاء عن كل عضو من أعضاء المجلس أو عن كل دافع للأداءات لفائدة هذه الجماعة أو عن كل متضرّر من مداولات المجلس.

الفرع الثاني : رئيس المجلس الجهوي

نتولى على التوالي عرض اختصاصات رئيس المجلس ثم الرقابة المسلّطة على هذه السلطة.

الفقرة الأولى : اختصاصات رئيس المجلس

300- للوالي بحكم الازدواج الوظيفي المتّصل بهذه الصفة " قميصان"، فهو من جهة "**ممثل الدولة ورئيس الإدارة الجهوية**" وهو من جهة أخرى **رئيس المجلس الجهوي والممثّل القانوني لهذه للولاية**، يعود له إبرام عقود البيع والشراء والمعاوضة والمقاسمة والمصالحة والكراء والصفقات وقبول الهبات والتبرعات وإجراء البتات ومراقبة حسن تنفيذها، كما يتولى بهذه الصفة تمثيل المجلس في جميع القضايا ذات الصبغة العدلية أو الإدارية، وبوصفه رئيسا لهذه الهيئة يترأس الوالي أعمال المجلس ويدعوه للانعقاد ويسيّر جلساته ويتّخذ كافة التدابير اللازمة لتنفيذ مداولاته.

ويمارس الوالي على وجه الخصوص **مشمولات في مجالات التهيئة العمرانيّة والضبط الإداري في الدائرة الترابية الراجعة له بالنظر**، باستثناء المناطق البلدية (الفصل 34 من القانون الأساسي)، وبالإضافة إلى ذلك يمارس اختصاصات هامة في المجال المالي إذ يعود له إعداد مشروع ميزانية المجلس

وعرضه على اللجان المعنية للدرس، ثم على المجلس للمداولة. وهو مكلّف أيضا بتنفيذ الميزانية، يأذن بصرف الاعتمادات المدرجة ضمنها، ويتولّى أخيرا اتّخاذ كافة التدابير اللاّزمة لإدارة الممتلكات ورعاية الحقوق والمكاسب التي يتكوّن منها الملك التابع للولاية.

301- ولمساعدة الوالي على القيام بهذه الوظائف أحدث القانون عدد 119 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993 هيكلا جديدا سمّي **بمكتب المجلس الجهوي**، يترأسه الوالي، ويتركّب من رؤساء اللّجان القارة ومن الكاتب العام للولاية بوصفه مقرّر وكاتب هذا الهيكل، وقد نصّ الفصل 17 مكرّر جديد من قانون 4 فيفري 1989 أن المكتب الجهوي مكلّف بتنسيق ومتابعة أعمال مختلف اللّجان القارة وضبط جدول أعمال المجلس والنظر في تقارير اللّجان القارة قبل عرضها على المجلس.

الفقرة الثانية : رقابة الإشراف على رئيس المجلس

302- ونلاحظ في ختام هذا العرض أن رقابة الإشراف على هذا الهيكل التنفيذي تكاد تكون منعدمة، باعتبار أن الوالي لا ينتخب من طرف المجلس، وإنما يعيّن من طرف السّلطة العليا، فيكون بهذه الطريقة خاضعا للرقابة الرئاسية المشدّدة التي تمارس عليه من طرف السّلطة المركزيّة.

أما الرقابة على الأعمال فهي تمارس من طرف وزير الداخلية بصفة طبيعية، ولا تختلف عن تلك التي مارس على أعمال رئيس البلديّة، إذ ينصّ الفصل 36 من القانون الأساسي للمجالس الجهوية أن رئيس المجلس يوجه إلى وزير الداخلية نسخة للإعلام من المقرّرات التي يتّخذها تنفيذا لمداولات المجلس وذلك في ظرف خمسة عشر يوما من اتّخاذها، وتسري قواعد الإعلام والإلغاء الخاصة بالمداولات الواردة بالفقرة الأخيرة من الفصل 15 وبالباب الرابع من هذا القانون على مقرّرات رئيس المجلس.

الباب الرابع : العناصر التكميلية للإدارة العاملة

303- إن التنظيم الإداري عامة وتنظيم الإدارة في تونس على وجه الخصوص لا يرتكز على الإدارة العاملة فحسب، بل يقوم أيضا على عناصر تكميليّة مكلّفة بتفقّد وبمراقبة حسن سير الإدارة العاملة وبإسداء الاستشارة إليها من جهة، وبتعديل سير بعض المرافق التي يقتضي سيرها نوعا من التخصّص وإيجاد الحلول التوفيقيّة بين الإدارة ومنظوريها من جهة أخرى.

لذا يتعيّن عرض هذه العناصر لاستكمال تقديم عناصر التنظيم الإداري في تونس بداء بهيئات الاستشارة والتفقد (المبحث الأول) وختما بهيئات التعديل والتوفيق (المبحث الثاني)

المبحث الأول : هيئات الاستشارة والتفقّد

نتولّى على التوالي عرض تنظيم الهيئات الاستشاريّة فهيئات الرقابة والتفقّد

الفرع الأول : الهيئات الاستشاريّة

304- إن من طبيعة الأشياء أن تكون الإدارة في حاجة لمن يساعدها وينيرها عند قيامها بمهامها، فالإدارة لا تملك الكفاءات الكافية في جميع مجالات العمل الإداري، هذا إضافة إلى أن الحرص المتزايد على حماية حقوق المنظورين يستوجب استشارة ممثّليهم قبل اتّخاذ القرارات التي من شأنها أن تمسّ بمراكزهم القانونية، لهذه الأسباب يشهد اللّجوء إلى الطريقة الاستشارية تطوّرا ملحوظا في مجال العمل الإداري[249]، لذا يتعيّن إبراز الخصائص العامة للاستشارة قبل دراسة أبرز الهيئات الاستشارية وهي المحكمة الإدارية.

[249] حول الوظيفة الاستشارية راجع: Y. Weber- *L'administration consultative,* LGDJ, 1968

الفقرة الأولى : الخصائص العامة للاستشارة

يجب تحديد طبيعة الاختصاص الاستشاري قبل ضبط أهداف الوظيفة الاستشارية

أ- طبيعة الاختصاص الاستشاري

305- إن **الهياكل الاستشارية عديدة ومتنوّعة**، منها ما هو مزوّد باختصاصات استشارية إلى جانب اختصاصاته القضائية كالمحكمة الإدارية، ومنها ما هو مزوّد باختصاصات استشارية إلى جانب اختصاصاته التقريريّة كالمجلس البلدي، ومنها ما هو مزوّد بمجرّد اختصاصات استشاريّة كالمجلس الأعلى للوظيفة العمومية[250].

306- وتجدر الإشارة إلى وجود هيئات استشاريّة ذات أساس دستوري، ومثال ذلك المجلس الاقتصادي والاجتماعي الذي أحدث بمقتضى الفصل 70 من الدستور في شكل "هيئة استشارية (مختصّة) في الشؤون الاقتصادية والاجتماعية " أمّا بقيّة الهياكل الاستشارية ذات الأساس التشريعي أو الترتيبي فيكون إحداثها بمقتضى قرار إداري (أمر أو قرار)، ومثال ذلك المجلس الوطني للجباية المشار إليه بالفصل الرابع من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية الصادرة الذي وقع إحداثه بمقتضى الأمر عدد1250 المؤرخ في 28 ماي 2001 لإبداء الرأي في جميع المسائل ذات الصبغة الجبائية التي تحال عليه.

307- ولا بدّ من الإشارة إلى أن إحداث هذه الهياكل وضبط صلاحياتها وتنظيم طرق سيرها يكون عادة من اختصاص السلطة الترتيبية وفقا لأحكام الفصلين 34 و35 من الدستور، إلا إذا تعلّق الأمر بتنظيم هيأة مدعوّة لممارسة اختصاصات تدخل في المواد المخصّصة لمجال القانون، ومثال ذلك مجلس التأديب في الوظيفة العمومية المختص بإبداء الرأي في الأخطاء المنسوبة للأعوان العموميين طبقا لمقتضيات الفصل 51 من القانون عدد112 المؤرخ في 12 ديسمبر

[250] المحدث بمقتضى الأمر عدد1957 المؤرخ في 23 ديسمبر 1989

1983 المتعلّق بضبط النظام الأساسي لأعوان الدولة والجماعات المحلّية والمؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الإدارية.

308- أما الاستشارة في حدّ ذاتها فهي ثلاثة أصناف:

- فإمّا أن تكون **اختياريّة** تكون فيها السّلطة المختصّة غير ملزمة بأخذ رأي الهيأة الاستشارية وغير ملزمة بإتباعه في صورة اختيارها عرض المسألة على رأي الهيئة الاستشاريّة

- وإمّا أن تكون **وجوبية** تكون فيها السّلطة المختصّة ملزمة بعرض مشروع القرار على الهيكل الاستشاري ولكنها غير ملزمة بإتباعه

- وإمّا أن تكون **مطابقة** تكون فيها السّلطة المختصّة ملزمة بعرض مشروع القرار على الهيكل الاستشاري وملزمة أيضا بإتباعه

ب- أهداف الوظيفة الاستشارية

للوظيفة الاستشارية أهداف مختلفة، فهي ترمي إلى الإعلام والتنسيق والتشريك والتشاور.

1- الإعلام

309- إن الهدف الأول من الاستشارة هو **الإعلام** وتوفير الإطار الملائم لمناقشة المسائل الشائكة التي يطرحها سير العمل الإداري **وإبداء الآراء** بشأنها بصفة موضوعية حتّى يتمكن المسؤولون من مواكبة تطوّر الحياة الإدارية، ويلاحظ أن تركيبة الهياكل المكلّفة بهذه المهام كثيرا ما تعكس هذا التخصّص، إذ تكون مثل هذه الهيئة متكوّنة من ممثّلين عن الإدارات المعنيّة ومن كفاءات يقع اختيارهم على أساس تخصّصهم وخبرتهم في الميدان، ومثال ذلك المجلس الوطني للدواء المحدث بمقتضى الأمر عدد1938 المؤرخ في 19 سبتمبر 1994.

2- التنسيق

310- وتهدف الوظيفة الاستشارية أيضا إلى **تنسيق العمل الإداري في مسائل ذات اهتمام مشترك** تعود بالنظر إلى وزارة واحدة أو عدّة وزارات،

كالمجلس الأعلى للبحث العلمي والتكنولوجيا المحدث بمقتضى الأمر عدد 939 المؤرخ في 19 ماي 1997، أو المجلس الأعلى للوظيفة العمومية والإصلاح الإداري المحدث بمقتضى الأمر عدد1957 المؤرّخ في 23 ديسمبر 1989 الذي يتميّز بتركيبة يغلب عليها الطابع الإداري مع تمثيليّة نسبية للنقابات المهنية (الفصل الثالث من الأمر المذكور كما وقع تنقيحه بمقتضى الأمر عدد1653 المؤرّخ في 18 سبتمبر1996)

وتعدّ هذه الطريقة الاستشاريّة وسيلة جائزة لمعالجة تشتّت المصالح الإدارية.

3- التشريك والتشاور

311- وتهدف الوظيفة الاستشاريّة أيضا إلى **تشريك أعوان الإدارة ومنظوريها في مناقشة المسائل التي تعنيهم والتشاور معهم قبل اتّخاذ القرار** ضمانا لحسن تنفيذه وتفاديا لردود الفعل السلبيّة عند التطبيق، و تعكس اللّجان الإدارية المتناصفة المكلّفة بإبداء الرأي في مجال المسار الوظيفي للعون العمومي هذا الحرص، إذ أنها تتركّب أساسا من ممثّلين عن أعوان الإدارة [251].

الفقرة الثـــانية : الوظيفة الاستشارية للمحكمة الإدارية

312- تمثّل المحكمة الإدارية **أهمّ مستشاري الحكومة**[252] ويعود ذلك إلى المكانة الخاصة التي تحتلّها هذه المؤسّسة الدستورية في التنظيم الإداري التونسي وإلى استقلاليّة أعضائها، فأعضاء المحكمة الإدارية يتمتّعون بجملة من الضمانات (الحصانة، الحياد، الصبغة المؤسستيّة للآراء والتوصيات) التي توفّر لأعمالهم الاستشارية **قوّة تفوق قيمة بقيّة الآراء الإداريّة، وتمارس المحكمة هذا الدور الاستشاري بجوار دورها القضائي** وفقا لأحكام الفصل الرابع من قانون غرة جوان 1972 كما تمّ تنقيحه بالقانون الأساسي عدد67 المؤرّخ في 21 جويلية 1983.

[251] الفصل 22 من الأمر عدد 1753 المؤرّخ في 29 أكتوبر 1990

[252] حول الوظيفة الاستشارية للمحكمة، راجع :
أحمد بن حميدة– الوظيفة الاستشارية للمحكمة الإدارية وإعادة تنظـيم القـضاء الإداري، ملتقـى إصلاح القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 111 وما يتبع.

ولتقديم هذا الدور يكون من المفيد في البداية عرض الإجراءات التي يمرّ بها العمل الاستشاري قبل الحديث عن محتوى الاستشارة.

أ- الإجراءات المتعلّقة بالوظيفة الاستشاريّة

313- ينصّ الفصل 15 من قانون المحكمة الإدارية على أن تجري مداولات المحكمة الإدارية في نطاق مرجع نظرها الاستشاري بواسطة الجلسة العامة الاستشاريّة من جهة والدوائر الاستشاريّة من جهة أخرى.

314- يفيد الترتيب التفاضلي للهيئات الاستشارية أن المشرّع قد كرّس منهجيّة في ترتيب الآراء التي تبديها هذه الهيئات حسب أهمّيتها، فلا يمكن عرض المشاريع المصادق عليها من قبل الدائرة الاستشارية على الجلسة العامة الاستشارية إلاّ إذا كانت تستوجب الخوض في "مسائل قانونيّة جوهريّة"، ويعود إلى الرئيس الأول تقدير أهمّية الملّفات المعروضة على مشورة المحكمة وجدوى عرضها على الجلسة العامة، وأمّا الإجراءات في حدّ ذاتها فتبدأ بإحالة ملف الاستشارة الموجّهة إلى الرئيس الأول من قبل الوزارة الأولى على رئيس الدائرة الاستشارية الذي يحيله بدوره إلى أحد رؤساء الأقسام الاستشارية[253].

وتبدأ مرحلة التحقيق في الملفّ داخل القسم بتكليف مقرّر تعود له مهمّة درس المسألة موضوع الاستشارة وجمع المعطيات والمراجع وإعداد مشروع رأي يحال في خاتمة المرحلة الدراسية على رئيس الدائرة مصحوبا بنص الرأي المقترح توجيهه، ويتولى المقرّر بعد ذلك عرض الملف ومشروع الاستشارة على جلسة الدائرة الاستشارية التي يمكن أن يدعى إليها ممثلي الإدارة المعنية، كما يمكن لرئيس الدائرة أيضا أن ينهي مباشرة إلى الرئيس الأول نتيجة الأعمال الاستشارية إذا تبيّن أن موضوع الاستشارة لا يستوجب عقد جلسة بشأنه.

[253] لقد تعرض الفصل 14 من قانون المحكمة، بعد تنقيحه بمقتضى القانون الأساسي عدد39 المؤرخ في 03 جوان 1996 إلى هذه الأقسام بقوله : تتركّب المحكمة الإدارية من رؤساء الأقسام الاستشارية.

ب- محتوى الوظيفة الاستشاريّة

يمكن تصنيف الاستشارات التي تعرض على رأي المحكمة الإدارية إلى صنفين :

- الاستشارات بشأن مشاريع الأوامر الترتيبية

- والاستشارات الخاصة

1- الاستشارات بشأن مشاريع الأوامر الترتيبية

315- يعدّ هذا العمل من أهمّ الأعمال الاستشارية الموكولة لنظر المحكمة الإدارية، فقد ورد هذا الاختصاص في الصيغة الأصلية لقانون المحكمة الإدارية الصادر بتاريخ غرة جوان 1972، إذ جاء **بالفصل الرابع من هذا القانون أن تقع استشارة المحكمة الإدارية وجوبا بشأن مشاريع الأوامر ذات الصبغة الترتيبية.**

وقد أراد المشرّع بذلك إجراء رقابة مسبقة ووقائية على شرعيّة هذا الصنف من الأعمال التي كانت محصّنة ضدّ كل رقابة مباشرة إلى حدّ صدور القانون الأساسي عدد11 المؤرّخ في 04 فيفري 2002، ويعود هذا التصوّر الأصلي لما لهذه الأوامر الترتيبية من أهميّة في الأعمال القانونية للإدارة[254].

ولا بدّ من التنبيه هنا إلى مسألتين جوهريتين، الأولى تتعلّق بالمستشار والثانية بالمستشير.

316- ففيما يخصّ موقف المستشار يجب التأكيد على أن الوظيفة الاستشارية تختلف جوهريّا عن الوظيفة القضائيّة، إذ أن الأولى تمارس في كنف السرّية وتتميّز بالسرعة والاستعجال، إذ لا يعقل أن يبقى مشروع الأمر الترتيبي معلّقا وقتا طويلا بسبب إجراءات التحقيق داخل المحكمة، كما تتميّز أيضا بالاتّصال الوثيق بين المستشير والمستشار، وربّما بضغط الأول على الثاني، أمّا الوظيفة القضائية فهي تتميّز بالعلنيّة وبالاستقلاليّة وبالحياد وبالترويّ، وبالتالي فإن

[254] حول هذه المسألة انظر: رقم 378 و379 أسفله

المحكمة الإدارية لا تكون مقيّدة في وظيفتها القضائية بالآراء التي سبق لها إبداؤها في نطاق وظيفتها الاستشاريّة.

317- وفيما يخصّ موقف المستشير تجدر الإشارة إلى أن الإدارة وإن كانت ملزمة بعرض جميع مشاريع الأوامر الترتيبية على نظر المحكمة فإنها لا تكون ملزمة بإتباع رأيها، فالرأي الذي تبديه المحكمة في هذا المجال ليس بالرأي المطابق، ومع هذا يبدو أن الإدارة لا تحترم دائما هذه الضوابط عند التطبيق حيث يحصل في بعض الحالات تجاوز الاختصاص الاستشاري للمحكمة وعدم عرض مشروع الأمر الترتيبي على رأيها، والاكتفاء بإصداره مباشرة دون مراعاة هذه الصيغة الشكليّة الجوهريّة.

2- الاستشارات الخاصة

ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة أصناف : الاستشارات المتعلّقة ببقيّة المواضيع والاستشارات الخاصة بصعوبات تنفيذ القرارات القضائية للمحكمة وتوصيات الإصلاح الإداري

* الاستشارات المتعلّقة ببقية المواضيع

318- يعود هذا الاختصاص إلى ما نصّت عليه الفقرة الثانية من الفصل الرابع من قانون المحكمة الإدارية المدرجة بمقتضى القانون عدد67 لسنة 1983 : " **تستشار المحكمة الإدارية بخصوص مشاريع النصوص الأخرى**، وبوجه عام حول **كافة المواضيع التي تقتضي الأحكام التشريعية أو الترتيبية مشورتها أو التي تعرضها عليها الحكومة لإبداء رأيها فيها** ويحال نص كل استشارة متعلّقة بمشروع قانون أو بمشروع مرسوم على مجلس النواب".

ويتبيّن من خلال هذه الأحكام المتعلّقة " بمشاريع النصوص الأخرى" أي بمشاريع النصوص غير نصوص الأوامر الترتيبية أن الاستشارة تكون تارة وجوبية وطورا اختيارية.

- فتكون وجوبية كلّما تضمّنت النصوص التشريعية أو الترتيبية المتعلّقة بالمادة محلّ الاستشارة أنه لا يمكن اتّخاذ القرارات بشأنها إلا بعد استشارة المحكمة.

- وتكون اختياريّة في بقيّة الحالات، وكذلك في كافة المواضيع المتعلّقة بالعمل الإداري بما في ذلك الدراسات ومعالجة الإشكاليات التي يطرحها سير المرافق العامة ومشاريع العقود والاتفاقيات.

وترى المحكمة الإدارية أنه لا يمكن أن تستشار في مواضيع ذات صبغة نزاعية تكون من مشمولات دوائرها القضائيّة، كما تعتبر أنه لا يمكن استشارتها إلا من طرف رؤساء المصالح الوزارية دون بقية أعوان الإدارة.

* الاستشارات الخاصة بصعوبات تنفيذ القرارات القضائية

319- تعرّض لهذا الاختصاص **الفصل 87 مكرّر من قانون المحكمة.** وعموما يمكن القول إن تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة قد يطرح بعض الصعوبات، وبخاصة عند الإلغاء[255]، لا يمكن حلّها إلا بالرجوع إلى الجهة المصدرة للمقرّر الملغى، و قد تكون هذه الصعوبات ناتجة عن رفض الإدارة الإذعان للشيء المقضي به، في هذه الحالة يجوز للمحكوم لفائدته أن يطلب تدخّل المحكمة لإقناع الإدارة بضرورة التنفيذ، كما قد تكون هذه الصعوبات جدّية تستوجب تدخّل المحكمة لإنارة الأطراف المعنيّة حول الطريقة المثلى للتنفيذ، في هذه الحالة يجوز لكل من المحكوم عليه والمحكوم لفائدته طلب الاستشارة.

وقد تعرّض الفصل 87 مكرّر من قانون غرّة جوان 1972 بصفة غير مباشرة لهذا العمل بقوله إن على المحكمة أن تذكر عند الاقتضاء بتقريرها السنوي الصعوبات التي قد يتعرّض لها تنفيذ أحكامها.

[255] انظر : H. Moussa- *l'exécution de la chose jugée et la réforme de la justice administrative*, Actes du colloque sur la réforme de la justice administrative, op. cit, p.59 et suivantes. وعبد الرزاق المختار - تنفيذ قرارات المحكمة الإدارية، مذكرة لنيل شهادات الدراسات المعمقة في القانون العام، المرجع سابق الذكر

* توصيات الإصلاح الإداري

320- **يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تدوّن بتقريرها السنوي - الذي لا ينشر وإنما يوجّه إلى رئيس الجمهورية - توصيات الإصلاح الإداري التي ترى فائدة في اقتراحها**، ويؤكّد هذا الاختصاص ارتباط المحكمة في عملها الاستشاري بالإدارة، فهذا العمل هو جزء من العمل الإداري يهدف لا فقط إلى التوقي من النزاعات ومن الأخطاء القانونية وإنما أيضا إلى تقويم أساليب العمل الإداري وإصلاحه.

الفرع الثاني : هيئات الرقابة غير القضائية للإدارة

321- إلى جانب الرقابة القضائية التي تهدف إلى فرض احترام الشرعية القانونية على الإدارة، نجد نوع ثان من الرقابة يمارس دون اللجوء إلى الإجراءات القضائية، وحتّى دون وجود شكاوى إدارية[256] .

و تجرى الرقابة إمّا بمكاتب الهيئات المكلفة بهذه المهمّة بناء على كافة الوثائق والمعلومات المتوفّرة لديها (*Contrôle sur pièces*) وإما على العين، بمقرّ الإدارات الخاضعة للرقابة (*Contrôle sur place*)، وتهدف إلى تحقيق أهداف متعّددة : فهي ترمي بدرجة أولى إلى إنارة المسئولين حول ظروف عمل المرافق العمومية الراجعة لها بالنظر، كما قد تفضي أيضا إلى اقتراح الإصلاحات لوضع حدّ للخلل الذي يبرزه عمل المراقبين أو لتعديل طرق العمل داخل الإدارة حتّى تكون أكثر تلاؤما مع مقتضيات العمل الإداري، ويمكن أن تؤدّي إلى معاينة الأخطاء المهنية التي قد تكون موجبا لإجراء تتبّعات تأديبية أو جزائية ضد الأعوان المدانين.

[256] حول هذا النوع من الرقابة انظر:
A. Mescheriakoff - *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration*, thèse, Strasbourg, 1973
J. Waline - *l'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle*, RDP. 1984, p.1327

ولا بدّ من التمييز هنا بين الرقابة الداخليّة التي تمارس من طرف الهياكل التّابعة للإدارة العاملة، وبين الرقابة الخارجيّة التي تمارس من طرف الهياكل الإدارية المستقلّة والمنفصلة عن الإدارة العاملة.

الفقرة الأولى : الرقابة الداخليّة

322- **تتولّى هذه الرقابة هياكل متخصّصة متفرّعة عن الإدارة العاملة ومكلّفة بتفقّد المصالح الإداريّة ومراقبة حسن سيرها**، ويشهد هذا النوع من التنظيم تطوّرا مطّردا بالتوازي مع التدخّل المكثّف للدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي، وتتفرّع هذه الهياكل إلى هيئات ذات اختصاص عمودي يقتصر دورها على إجراء الرقابة على مرفق من المرافق الوزاريّة، وهيئات ذات اختصاص أفقي تمتدّ رقابتها على مختلف المرافق العمومية.

أ- الهيئات ذات الاختصاص العمودي

323- توجد ضمن الوزارات هيئات تعنى بمراقبة وتفقّد ومعاينة التجاوزات المتّصلة بسير العمل الإداري، ويمثّل الأعوان المكلّفون بهذه المهام سلكا خاصا تابعا للوزارة المعنيّة، ومثال ذلك السّلك الخاص بأعوان التفقّد البيداغوجي التابع لوزارة التربية والتكوين الذي يشمل المتفقّدين العامين والمتفقدين الأول للتعليم الثانوي والمتفقدين الجهويين للتعليم الابتدائي المكلّفين " بالقيام بجميع الدراسات واقتراح جميع التدابير التي من شأنها ضبط طرق العمل وتجديدها وتحسينها"[257]، والتفقّدية العامة للعدل المكلّفة " تحت سلطة الوزير مباشرة بمهمّة تفقّد مستمرّ لدى كافة المحاكم باستثناء محكمة التعقيب ولدى سائر المصالح والمؤسّسات الراجعة بالنظر للوزارة، وتتولّى هذه الهيئة للقيام بوظائفها جمع وتحليل تقارير التفقّد الذي يجريه الرؤساء الأول والوكلاء العامون لدى محاكم الاستئناف كل فيما يخصه للتأكّد من حسن سير المحاكم الراجعة لهم بالنظر والفصل العادي للقضايا، كما

[257] الفصل الثاني من الأمر عدد110 لسنة 1973 المؤرخ في 17 مارس 1973 المتعلّق بالقانون الأساسي الخاص بأعضاء هيئة التفقّد البيداغوجي بوزارة التربية الوطنية والتكوين

تتولّى البحث عن الوسائل الكفيلة بتحسين سير العمل بالمحاكم وتقوم بالتنسيق بين كافة المصالح الرّاجعة لها بالنظر ومراقبة نشاطها وتقدّم للوزير تقريرا تضمّنه نتائج نشاطه"[258].

ب- الهيئات ذات الاختصاص الأفقي

324- إلى جانب الهيئات المكلّفة بمراقبة سير العمل داخل هيكل وزاري واحد توجد هيئات تمارس ذات اختصاص أوسع يتجاوز الحدود الضيّقة لهيكل من الهياكل الوزارية لينصبّ على مختلف أوجه النشاط الإداري.

ومن أبرز هذه الهياكل نذكر[259]: الرقابة العامة للمالية والتفقّدية العامة للمرافق العموميّة

1- الرقابة العامة للمالية

325- أحدثت هذه الهيئة بمقتضى الأمر عدد525 لسنة 1973 المؤرّخ في 3 نوفمبر 1973 وأعيد تنظيمها بمقتضى الأمر عدد 7 لسنة 1982 المؤرّخ في 5 جانفي 1982 الذي تضمّن تغيير التسمية الأصليّة لهذا السلك (التفقّدية العامة) وتعويضها بتسمية جديدة وهي الرقابة العامة للمالية[260]، وتمثّل الرقابة العامة للمالية هيكلا تابعا لوزارة المالية، وقد نصّ الفصل الأول من الأمر المحدث لهذا السلك أن الرقابة التي يمارسها أعوان هذه الهيئة تمتدّ إلى كافة المرافق التّابعة للقطاع العمومي للإدارات المركزيّة والمصالح الخارجيّة والجماعات الترابيّة والمؤسّسات العامة ذات الصبغة الإداريّة والمنشآت العموميّة وحتّى المؤسّسات الخاصة التي تنتفع بإعانات الدولة، وتتعلّق بالعمليات التي يتولاها المحتسبون العموميين وآمروا

[258] الفصل 13 من الأمر عدد1330 المؤرّخ في 20 جويلية 1992 المتعلّق بتنظيم وزارة العدل

[259] حول طرق عمل هذه الهياكل راجع منشور الوزارة الأولى عدد71 المؤرخ في 7 سبتمبر 1998

[260] M. R. Jenayah- *Budget et Plan, Recherche sur les instruments budgétaires d'exécution du plan: une approche de droit économique*, Thèse, Tunis 1982, p 367 et suiv

الصّرف، وتهدف إلى التحقّق من مطابقتها لقواعد المحاسبة العمومية وحسن التصرّف في الأموال العموميّة.

ويعمل هذا السلك تحت السّلطة المباشرة لوزير المالية، ويتكوّن من أعوان يحتلون مراتب عليا في التسلسل الإداري ممّا يضفي على أعمالهم قوّة مؤكدة إزاء مختلف المرافق الخاضعة للرقابة[261].

2- التفقّدية العامة للمرافق العموميّة

326- أحدثت هذه الهيئة بمقتضى الأمر عدد6 لسنة المؤرّخ في 5 جانفي1982 وألحقت بالوزارة الأولى، وهو ما يوفّر لها مكانة خاصة في التنظيم الإداري.

وقد أوكل الفصل الأول، فقرة ثانية من هذا الأمر لأعوان هذا السلك مهمّة " إبداء الرأي في الإجراءات التشريعية والترتيبية التي ترمي إلى تنظيم وإصلاح الهياكل الإدارية وتحسين طرق عمل المرافق العمومية إلى جانب المهام الخاصة المتمثّلة في إجراء التحقيقات للتأكّد من حسن سير المصالح الإدارية"، وحتّى تتمكّن من القيام بدورها في التنسيق بين مختلف هياكل الرقابة الإدارية على الوجه الأفضل أوجب الفصل الثالث من الأمر المذكور على كافة هيئات التفقّد الإدارية مدّ متفقّدي المصالح العموميّة بالتقارير التي يتمّ إعدادها في نطاق المهام الموكولة لها.

الفقرة الثانية : دائرة المحاسبات

تبرز في نطاق **الرقابة الخارجيّة** هيئة أساسيّة – قضائيّة إداريّة – تقوم إلى جانب وظائفها القضائيّة برقابة تنعت بالإداريّة تمارس على أعمال المسؤولين عن إدارة الأموال العموميّة، وهي دائرة المحاسبات.

[261] M. R. Jenayah- Budget et plan, op. cit.. p. 374

أ- تنظيم دائرة المحاسبات

327- **دائرة المحاسبات مؤسّسة دستورية مستقلّة** وقع إحداثها بمقتضى القانون المؤرخ في 08 مارس 1968، وتعتبر **دائرة المحاسبات هيئة قضائية إدارية تمارس بهذه الصفة رقابة قضائية على حسابات المحتسبين العموميين ورقابة إدارية على أعمال المسؤولين عن إدارة الأموال العمومية**[262]، وتمتدّ هذه الرقابة إلى أعمال المسؤولين الجهويين بواسطة الفروع الجهويّة لهذه المؤسّسة[263].

328- وقد تضمّن قانون الدائرة جملة من الضمانات تكرّس استقلالية هذه الهيئة إزاء الإدارة وتوفّر لها الحياد اللازم عند قيامها بمهامها، وتتمثّل هذه الضمانات بالخصوص في الحصانة التي يتمتّع بها أعضاؤها، إذ لا يجوز مقاضاتهم أو سجنهم إلا بعد ترخيص في ذلك من قبل المجلس الأعلى للدائرة، كما تتجلّى في عدم قابليتهم للعزل إلاّ بقرار من هذا المجلس وفقا لإجراءات محدّدة، ولا يمكن اتّخاذ مثل هذا القرار إلاّ بمقتضى أمر.

وتكفل صفة أعضاء الدائرة واستقلاليتهم إزاء الإدارة العاملة نوعيّة متميّزة لنتائج أعمالها ولمقترحات الإصلاح التي تدوّنها في تقريرها السنوي.

ب- الرقابة الإداريّة للدائرة

329- تمارس دائرة المحاسبات بالإضافة إلى الرقابة القضائية **رقابة إداريّة لا تعتمد الأسلوب القضائي، ولا تؤدّي إلى إصدار أحكام وإنما مجرّد توصيات**، وتنسحب هذه الرقابة على أعمال آمري الصرف والإيراد، ويتمثّل موضوعها في

[262] انظر : محمود بسباس- الرقابة على النفقات العمومية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، المدرسة القومية للإدارة، 1995، ص. 19 وما يتبع. M.R. Jenayah- *Budget et Plan*, op.cit., p.396 et suiv

[263] تمّ تنقيح القانون الأساسي للدائرة بمقتضى القانون الأساسي عدد75 لسنة 2001 المؤرّخ في 17-07-2001، وقد تضمّنت الفقرة الثانية من الفصل التاسع جديد أنه يمكن إحداث غرف جهوية متفرّعة عن الدائرة وتطبيقا لهذا القانون صدرت عدّة أوامر تتعلّق بإحداث غرف جهويّة آخرها كان الأمر عدد 2722 المؤرّخ في 31 أكتوبر 2007 المتعلّق بإحداث غرفة جهوية بجندوبة.

البحث عن مدى التقيّد بقواعد الشرعيّة عند الإنفاق، وفي تقويم جودة التصرّف في الأموال العمومية، أمّا مجالها فهو **يمتدّ إلى كامل القطاع العمومي**، وحتى إلى القطاع الخاص كلّما كانت المؤسّسات الخاصة تتمتّع بإعانات ماليّة من الدولة، وتتّم الرقابة في ضوء برامج رقابيّة سنويّة على أساس الوسائل البشريّة المتوفّرة.

ويجب التمييّز داخل عمل هذه الهيئة بين الرقابة المعمّقة والرقابة الجزئيّة التي تتعلّق بموضوع محدّد، باعتبار أهمّيته بالنسبة لمؤسّسة أو إدارة معيّنة، أو بالنسبة للسياسة العامة للدولة (كتقويم نتائج التنمية الجهوية مثلا)، وتبلّغ الملاحظات إلى المسؤولين بالإدارة العاملة للردّ عليها ثمّ تضمّن بالتقرير السنوي الذي لا ينشر وإنما توجّه نسخة منه إلى رئيس الجمهورية وأخرى إلى مجلس النواب[264].

المبحث الثاني: هيئات التعديل والتوفيق

330- إلى جانب الإدارة التقليديّة ظهرت في المدّة الأخيرة أشكال متميّزة ومتنوّعة من الهيئات الإداريّة مكلّفة بتنفيذ سياسة الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي، تعتمد أساليب التعديل والتوفيق في تنظيم الأنشطة الاقتصاديّة وفي فضّ النزاعات بالحسنى بين الإدارة ومنظوريها، وتتمثّل هذه الهيئات المقتبسة من التجارب الأجنبيّة في: هيئات التعديل[265] من جهة (الفرع الأوّل)، وفي الموفّق الإداري من جهة أخرى (الفرع الثاني)

[264] محمود بسباس- الرقابة على النفقات العمومية، المرجع السابق، ص 309

[265] حول هذه الهياكل، انظر:

Rapport du Conseil d'Etat- *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, 2002; R. Chapus- *Droit administratif général*, op. cit, n° et suiv.; J. Morand-Deviller- *Cours de droit administratif*, op. cit., p.110 et suiv. et M. Gentot- *Les autorités administratives indépendantes*, *Montchrestien*, Clefs, 1994

الفرع الأول : هيئات التعديل

331- ظهرت هذه الهيئات في بداية التسعينات في المجال المالي مع هيئة السوق الماليّة[266]، ثم انتشرت في المجال الاقتصادي والاجتماعي.

ولهذه الهيئات خصائص مميّزة وهي تعتمد أساليب جديدة في العمل الإداري.

الفقرة الأولى : الخصائص العامة لهيئات التعديل

332- إن **ظهور هيئات التعديل مرتبط ارتباطا وثيقا بالسياسة الجديدة للدولة** التي فرضتها العولمة والثورة التكنولوجية والعلمية والسعي إلى تقريب التشريع التونسي من تشريعات البلدان المتقدّمة تماشيا مع الاتفاقات والمواثيق الدوليّة[267].

ولئن كان التعديل لغة يعني كلّ ما يهدف إلى تقويم انحراف سير نظام ما فإن الحفاظ على التوازن الأمثل للنظم الاقتصاديّة والاجتماعيّة لا يمكن أن يقتصر على سيرها الطبيعي، بل **لا بدّ من تدخّل للدولة كلّما أضحت هذه النظم مهدّدة بسبب الممارسات المخلّة بقواعد اللعبة.**

333- وتعتبر الهياكل المكلّفة بهذه المهمّة أداة إداريّة تابعة للسّلطة التنفيذيّة، محدثة من طرف الدولة، تشتغل باسما ولحسابها، ولكنها لا تدخل في أي صنف من أصناف الهياكل الإداريّة المتعارف عليها، فهي **خارجة عن التنظيم الإداري التقليدي**، فهيئة السوق الماليّة المكلّفة بمراقبة الأسواق الماليّة بعد تحريرها تعتبر بدون شكّ من الهيئات الإداريّة التابعة للدولة، وكذلك الشأن بالنسبة للهيئة الوطنيّة

[266] المحدثة بمقتضى القانون عدد 117 المؤرّخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلّق بإعادة تنظيم السوق الماليّة، حول هذه المؤسّسة، انظر:

G. Ghrairi- *Réflexions sur la nature juridique du Conseil du marché financier*, Mél.Ayadi, p.499 et suiv

[267] وفقا بالخصوص للمادة 52 من اتفاقية الشراكة المبرمة في 17 جويلية 1995 بين الجمهورية التونسية من جهة والمجموعة الأوروبية ودولها الأعضاء من جهة أخرى والمصادق عليها بالقانون عدد 49 المؤرخ في 20 جوان 1996 التي تقتضي التزام الدولة التونسيّة بتقريب تشريعها من التشريع الأوروبي.

للاتّصالات المحدثة بمقتضى القانون عدد 1 المؤرّخ في 15 جانفي 2001 المنقّح والمتمّم بالقانون عدد 1 المؤرخ في 8 جانفي 2007 والمكلّفة بتنظيم قطاع الاتّصالات بعد تحريره وفتحه للمنافسة[268]، وللهيئة الوطنيّة لحماية المعطيات الشخصيّة المحدثة بمقتضى القانون عدد 63 المؤرّخ في 27 جويلية 2004 المكلّفة بمنع النفاذ إلى المعطيات الشخصيّة أو استعمالها عند معالجة الآليّات الالكترونيّة أو الميكانيكيّة أو اليدويّة تطبيقا لأحكام الفصل التاسع جديد من الدستور[269]، كما تعتبر هذه الهيئات سلطات إداريّة مزوّدة باختصاصات تقريريّة حقيقيّة تتجاوز مجرّد صلاحيّات الرقابة والتفقّد والاستشارة، وتختلف عن الهيئات القضائيّة، مع أنّها مكمّلة لها وقريبة جدّا منها كلّما تجلس للنظر في المخالفات للقواعد المنظّمة للقطاع.

334- وتنعت هذه الهيئات في القوانين المقارنة **بالسّلطات الإداريّة المستقلّة** (*Autorités administratives indépendantes*) لتمييزها عن السّلطات الإداريّة التقليديّة وذلك لسببين اثنين[270]:

[268] وقع تنظيم هذه الهيئة بمقتضى الأمر عدد 922 المؤرّخ في 21 أفريل 2003 المتعلّق بضبط التنظيم الإداري و المالي وطرق تسيير الهيئة الوطنيّة للاتصالات، حول هذه المؤسّسة انظر:
M. Sayari- *Les instances de régulation des technologies de l'information et de la communication*, in " *Technologies de l'information et de la communication et la qualité des prestations administratives* ", sous la direction de M. Ben Letaief et J.J. Lavenue, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2005, p. 123 et suiv.

[269] وقع تنظيم هذه الهيئة بمقتضى الأمر عدد 3003 المؤرّخ في 27 نوفمبر 2007 المتعلّق بطرق سير الهيئة الوطنيّة لحماية المعطيات الشخصيّة ووقع ضبط شروط وإجراءات التصريح والترخيص لمعالجة المعطيات الشخصيّة بمقتضى الأمر عدد 3004 المؤرّخ في 27 نوفمبر 2007، انظر:
Ch. Gaddes- *La consécration constitutionnelle de la protection des données à caractère constitutionnel*, Mél. Belaid, 2005, p. 363 et suiv. et M. Sayari- *Les instances de régulation des technologies de l'information* ...., art. précité, p. 140

[270] Rapport du Conseil d'Etat- *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, 2002.

– استقلاليتها إزاء الدولة التي تفترض الحياد والكفاءة من خلال تركيبة غير إداريّة خارجة عن الإدارة العاملة وغير خاضعة لأي شكل من أشكال الرقابة الإداريّة التقليديّة.

– استقلاليتها إزاء المتداخلين في القطاع التي تفترض تغليب المصلحة العامة على المصالح الفئويّة وعدم الخضوع لمختلف الضغوطات التي قد تمارس من طرف أصحاب المصالح الخاصة.

على أن **استقلاليّة هيئات التعديل التونسيّة تبدو نسبيّة**، فلئن كانت هذه الهيئات متركّبة من قضاة ومن أعضاء يقع اختيارهم على أساس الكفاءة والخبرة والاختصاص، لا يمكن عزلهم قبل انتهاء مهامهم، فإنها تبقى محدثة في شكل مؤسسات عموميّة تخضع مبدئيا لإشراف الإدارة العاملة، وقد تشمل في تركيبتها ممثّلين عن هذه الإدارة وهو ما يتنافى مع مبادئ الاستقلاليّة[271]، على هذا الأساس يبدو اعتبارها من قبل المجلس الدستوري "سلطة إداريّة مستقلّة"[272] من قبيل الأمنيات التقيّة التي لا تعكس حقيقة قانونيّة ملموسة.

الفقرة الثانية : أساليب عمل هيئات التعديل -

335- لقد ساهمت هيئات التعديل في **تجديد أساليب العمل الإداري** بتوفير أكثر **حياد واختصاص** لتدخّلات الدولة، وذلك بتشريك أهل الذكر والحرفيين في وضع القواعد الخاصة بالأنشطة والقطاعات التي تقتضي التعديل، وبضمان الفاعليّة والسّرعة وقابليّة التغيير لتدخّلات الدولة[273]، ويتأكّد ذلك من خلال السّلطة التقريريّة الخاصة المقرّرة لفائدتها وسلطة الزجر الإداري التي قد تستخدمها عند قيامها بمهامها.

[271] M. Gentot- *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit. p. 72 ; M. Sayari- *Les instances de régulation* ..., art. précité, p. 127

[272] م.د.، الرأي عدد 83 لسنة 2008 (ر.ر.ج.ت. عدد 4 لسنة 2008، ص. 135)

[273] انظر:
Rapport du Conseil d'Etat- *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit..

أ- السّلطة التقريريّة

336- تقرّ القوانين المحدثة لهذه الهيئات **سلطة تقريريّة تخوّل لها اتّخاذ القرارات الترتيبيّة أو الفرديّة اللازمة لتمكينها من القيام بمهامها.**

وتبدو السّلطة الترتيبيّة الخاصة المسندة لهذه الهيئات ضروريّة لتمكينها من وضع قواعد سير النشاط الذي تشرف عليه، ويتأكّد ذلك بالرجوع إلى الفصل 30 من القانون عدد 114 لسنة 1994 المتعلّق بهيئة السوق الماليّة الذي يقتضي أن تتّخذ هيئة السوق الماليّة **تراتيب** في مجال اختصاصها[274]، وتبدو هذه السّلطة محدودة، لا تتجاوز ما هو لازم لحسن سير القطاع، وقد تكون مصحوبة بسلطة اتّخاذ القرارات الفرديّة كما هو الشأن بالنسبة للترخيص المسبق في استعمال المراقبة البصريّة التي تتّخذها هيئة حماية المعطيات الشخصيّة (الفصل 69 من القانون المذكور).

337- وإلى جانب هذا الاختصاص التقريري تمارس هيئات التعديل **اختصاصات استشاريّة** تتّخذ شكل توصيات ومقترحات وآراء ذات صبغة فنيّة لا تقلّ أهميّة عن الأولى من حيث النفوذ والاعتبار بحكم صدورها عن أهل الذكر في مجالات تقتضي التخصّص والكفاءة، فالهيئة الوطنيّة للاتّصالات المختصّة بإبداء الرأي حول طريقة تحديد تعريفات الشبكات والخدمات وبصفة عامة في أي موضوع يطرح عليها ويدخل في إطار مشمولاتها (الفصل 63 جديد من المجلّة)

ب- سلطة الزجر الإداري

338- إلى جانب ذلك تتولّى هيئات التعديل مراقبة مدى احترام المتداخلين للقواعد المنظّمة للنشاط وتمارس في هذا الإطار **اختصاص قضائي ردعي** يقف عند تسليط العقوبات غير السالبة للحريّة على كلّ من يخالف الأحكام التشريعيّة والترتيبيّة المنظّمة للقطاع، فهيئة السوق الماليّة بإمكانها تسليط الخطايا وسحب

[274] وقع تأكيد هذا الاختصاص الترتيبي بمقتضى القرار الصادر عن مجلس تنازع الاختصاص عدد 103 بتاريخ 25 ماي 2004 في قضية شركة (ستراميكا)، غير منشور ؛ حول هذه المسألة انظر: رقم 385 أسفله

الترخيص وتوقيف نشاط وسطاء السوق الماليّة في صورة ارتكابهم للمخالفات المقرّرة بمقتضى الفصل 30 من القانون عدد 117 لسنة 1994، والهيئة الوطنيّة للاتّصالات بإمكانها توجيه أوامر للأطراف المعنيّة بالكفّ عن الممارسات المخلّة بالأحكام المنظّمة للقطاع، كما بإمكانها أيضا إيقاف النشاط لمدّة قد تصل إلى ثلاثة أشهر (الفصل 74 من القانون عدد 01 لسنة 2001)، وعلى هذه السّلطات الزجريّة مراعاة الحقوق الأساسيّة عند النظر في المخالفات المنسوبة للمخالفين، وضمان حقوق الدفاع عند المساءلة التأديبيّة، لهذه الأسباب تعتبر القرارات الصادرة عنها في هذا الشأن قرارات قضائيّة قابلة للطعن أمام المحاكم[275].

الفرع الثاني : الموفّق الإداري

339- الموفق الإداري التونسي من غرائب الكائنات القانونية، فقد تمّ إحداثه بمقتضى الأمر المؤرّخ في 10 ديسمبر 1992، ثمّ جاء قانون 3 ماي 1993 لتنظيم مصالحه، وهذا الحلّ يؤدّي في الحقيقة إلى قلب المفاهيم القانونية رأسا على عقب إذ يحوّل القانون إلى وسيلة لتطبيق التراتيب، وهو ما يمثّل طمسا صارخا لمبدأ الشرعية الذي يقتضي أن تكون القرارات الإدارية خلضعة للقانون[276].

[275] انظر مثلا الفصل 20 من القانون عدد 117 لسنة 1994 الذي يسند النظر في الطعون بالاستئناف الموجّهة ضد القرارات التأديبيّة الصادرة عن لجنة السوق الماليّة، والفصل 75 من القانون عدد 01 لسنة 2001 الذي يعتمد نفس الحل.
حول هذه المسألة، انظر: عياض بن عاشور- القضاء الإداري وفقه المرافعات الإداريّة، المرجع السابق، ص.158.
راجع أيضا:
Les sanctions administratives, O.C. sous la direction de I. Bertégi, Faculté des sciences juridiques et sociales de Tunis, 2004

[276] غير أن السلطات العموميّة قد سعت إلى تدارك هذا الخلل لاحقا بإصدارها للأمر عدد 1126 المؤرّخ في 15 جوان1996 الذي ألغى العمل بمقتضى فصله 19 بأحكام الأمر عدد 2143 المؤرّخ في 10 ديسمبر 1992 المحدث للموفّق الإداري وأعاد ضبط مشمولات هذه المؤسّسة وطرق عملها

340- والموفّق الإداري في التصورّ الأصلي لهذه المؤسّسة هو **سلطة مستقلّة عن الإدارة العاملة**[277]، **مكلّفة بإجراء رقابة من نوع خاص تختلف عن *تلك التي تمارس من طرف هياكل الرقابة التقليديّة أو من طرف القضاء الإداري*، تعتمد بالأساس الحلول الوديّة والتوفيقيّة**[278]، ويعود مصدر الاقتباس إلى مؤسسة "الأمبودسمان" السويدية المحدثة سنة 1713 والتي أصبحت في دستور سنة 1809 أداة برلمانية ناجعة لفضّ النزاعات التي قد تطرأ بين الإدارة ومنظوريها.

وقد شهدت هذه المؤسّسة رواجا كبيرا ابتداء من النصف الثاني للقرن العشرين، إذ وقع نقلها إلى بريطانيا في شكل " المندوب البرلماني" سنة 1967، ثمّ إلى فرنسا في شكل "الوسيط" الذي تحوّل فيما بعد إلى "وسيط الجمهورية"، كما تمّ اعتمادها أيضا في الاتّحاد الأوروبي في شكل " الموفّق الأوروبي " سنة 1994.

الفقرة الأولى: مكانة الموفق في التنظيم الإداري

341- اعتمدت تونس الوجه الفرنسي لهذه المؤسّسة، وهو الوجه الذي يقتضي أن يقع تعيين هذه السّلطة من طرف السلطة التنفيذيّة ولا من طرف البرلمان كما هو الحال في النموذج الأصلي، وما يشدّ الانتباه بخصوص هذه المؤسّسة هو **ارتباطها بالإدارة العاملة**. فالموفّق الإداري في تصوّر باعثي هذه المؤسّسة هو مجرّد **خطّة محدثة لدى رئيس الجمهورية يعيّن صاحبها بأمر رئاسي من بين الأعوان العموميين المباشرين أو المتقاعدين الذين لهم خبرة إداريّة واسعة**[279] **لمدّة غير محدّدة**، كما أنه غير منفصل تماما عن الإدارة العاملة بحكم

[277] انظر : J.Rivero et J.Waline- *Droit administratif*, op. cit. n° 375 et J. Chevallier- *L'Etat post-moderne*, 2ème édit., 2004, p. 98 et suiv.

[278] ذات المرجع

[279] الفصل الثاني من الأمر عدد 2143 المؤرّخ في 10 ديسمبر 1992 كما وقع تنقيحه بمقتضى الأمر عدد 1166 المؤرّخ في 9 جوان 1997

تنظيمه في شكل " مؤسّسة عموميّة ذات صبغة إداريّة " خاضعة لإشراف رئيس الجمهوريّة، فلا يمكن اعتباره بالتالي سلطة إدارية مستقلّة[280].

وتساعد الموفّق الإداري للقيام بمهامه خلايا تعرف بخلايا التوفيق مكلّفة بمساعدته على دراسة العرائض وتقديم التوصيات ومقترحات الحلول، على أن الموفق الإداري التونسي لا يتمتع بالضمانات وبالحصانة اللازمة لتمكينه من تأدية مهامه على الوجه الأفضل ضرورة أنه ليس منفصلا تماما عن الإدارة العاملة، فلا يمكن اعتباره سلطة إداريّة محايدة ومستقلّة عن الإدارة العاملة خلافا لنظيره الفرنسي.

وللموفّق الإداري امتداد في المستوى الجهوي عن طريق ممثّليه الجهويين المكلّفين بالنظر في الشكاوى ذات الصبغة الجهويّة في حدود الاختصاص وطبقا للطرق والإجراءات المقرّرة بالنسبة للمؤسّسة الأصليّة[281].

الفقرة الثانية : مشمولات الموفّق الإداري

342- ينظر الموفّق الإداري في الشكاوى الفردية الصادرة عن الأشخاص المادية أو المعنوية والتي ترجع بالنظر لمصالح الدولة والجماعات العمومية وغيرها من الهياكل المكلّفة بمهمّة تسيير مرفق عمومي، على أنّ هذا الاختصاص لا يشمل النزاعات التي قد تطرأ خلال الحياة المهنية بين الأعوان المباشرين وإدارتهم (الفصل الثالث، فقرة أولى من أمر 10 ديسمبر 1992) ولا الشكاوى التي تتعلّق بقضايا جارية أمام المحاكم - ومن باب أولى - تلك التي تؤدّي إلى إعادة النظر في أحكام قضائية (الفصل الرابع، فقرة أولى من الأمر المذكور).

343- وفيما عدا هذه الاستثناءات يمكن للموفّق الإداري أن يتعهّد بكافة المسائل الإداريّة، كما يمكنه في صورة تعذّر تنفيذ حكم اتّصل به القضاء أن ينظر

[280] وقع تأكيد هذه الاستقلالية بمقتضى قانون 13 جانفي 1989 المنقّح لقانون 11 جويلية 1973 بعد أن أقرّ مجلس الدولة صفة السّلطة الإدارية المستقلّة بشأنه (CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, D. 1981, J. p. 622, note Y. Gaudemet)

[281] وقع إحداث خطة الموفق الجهوي بمقتضى القانون عدد 16 المؤرّخ في 7 فيفري 2000 المتمّم للقانون عدد 51 لسنة 1993 ووقع ضبط مشمولات وطرق عمل الممثل الجهوي للموفّق الإداري بمقتضى الأمر عدد 884 المؤرّخ في 27 أفريل 2000

في المسألة مع الهيكل الإداري المعني بالأمر وأن يقترح الحلول الملائمة للتنفيذ، كما له أيضا حتّى في صورة سابقيّة نشر القضيّة أمام المحاكم أن "يرفع توصيات إلى السّلطة الإدارية ذات النظر" (الفقرة الأولى من الفصل الثالث)، غير أنه لا يمتلك – شأنه شأن نظيره الفرنسي– سلطة تقريريّة، ولايمكن اعتباره أيضا سلطة قضائيّة فلا تعدّ توصياته ومقترحاته في الشكاوى المرفوعة إليه قرارات إداريّة أو قضائيّة[282].

344- وللموفّق الإداري سلطات واسعة للتحقيق في القضايا المعروضة عليه، إذ يمكن له الاتّصال بالإدارات المعنيّة التي عليها أن تعيّن منسّقا من بين إطاراتها العليا يكون مكلّفا بتعجيل البتّ فيما يرفع إليه من شكاوى، كما يمكن له توجيه الأسئلة والدعوات التي يرى فائدة في توجيهها، وعلى رؤساء الإدارة الإذن لأعوانهم بالاستجابة لما يطلبه الموفق من توضيحات ومن استفسارات، كما عليهم الإذن لهيئات الرقابة الداخليّة بالقيام بجميع الأبحاث والتحقيقات المطلوبة وباتّخاذ جميع التدابير التي من شأنها أن تيسّر مهمّة هذه السّلطة (الفصل الخامس من الأمر).

وإذا تبيّن من خلال التحقيق " **أن الشكوى قائمة على سند وجيه فله أن يرفع كلّ التوصيات اللازمة لفضّ النزاع إلى الجهة المعنية** " (الفصل السادس)، ولا يكون الموفّق الإداري مقيّدا بقواعد قانونية معيّنة عند البتّ في الشكاوى وإصدار التوصيات وتقديم مقترحات الحلول، بل يجوز له السعي إلى إيجاد الحلول الملائمة باعتماد مجرّد قواعد العدل والإنصاف.

345- وفي صورة تجاهل الإدارة توصياته ومقترحاته، لا يمكنه أن يتوجّه مباشرة إلى الرأي العام، كما هو الشأن مثلا في الأنظمة الليبرالية المتقدّمة، بل له فقط أن يرفع تقريرا خاصا إلى رئيس الجمهوريّة مشفوعا بمقترحاته، كما له أيضا في جميع الحالات إعداد تقرير سنوي يوجّه إلى رئيس الجمهوريّة يتضمّن حصيلة نشاط المؤسّسة خلال السنة المنقضية وتوصيات الإصلاح التي يرى فائدة في إدخالها لتطوير العمل الإداري.

[282] انظر: J. Rivero et J.Waline- *Droit administratif*, op. cit. , p.351

الجزء الثاني:
الأعمال القانونية للإدارة

346- تنقسم الأعمال الإدارية إلى نوعين:

- **أعمال مادية** تبدو لازمة لتحقيق المصلحة العامة (الأشغال العامة، الأعمال الطبية بالمستشفيات العمومية، تنفيذ القرارات الإدارية...)

- **وأعمال قانونية** تحدّد حقوق والتزامات الأشخاص العمومية من جهة، والأفراد من جهة أخرى

ولئن كانت **الأعمال المادية لا تولّد التزامات قانونية إلا بصفة غير مباشرة عندما تتسبّب في ضرر للغير**، فإن **الأعمال القانونية تؤثر مباشرة في حقوق منظوري الإدارة**

وقد **يصدر هذا العمل القانوني عن الإرادة المنفردة للإدارة**، في هذه الحالة ينشأ قرار يعرف **بالقرار الإداري الانفرادي**.،وقد **يصدر هذا العمل عن التقاء إرادتين** : إرادة عامة وإرادة أخرى، عامة أو خاصة. في هذه الحالة **ينشأ عقد، قد يكون خاضعا للقانون الإداري، فيعرف حينئذ بالعقد الإداري، و قد يكون خاضعا للقانون المدني، فيعرف بالعقد غير الإداري.**

لذا سوف يدور البحث في محورين رئيسيين: القرار الانفرادي (الباب الأول)، والعقد الإداري (الباب الثاني)

الانـفـرادي

نتولى على التوالي تحديد مفهوم القرار الانفرادي[283]، قبل عرض تقسيماته، وبيان نظامه القانوني

المبحث الأول : مفهوم القرار الإداري الانفرادي

347- لئن كانت العلاقات القانونية في القانون الخاص مبنيّة على التساوي في الحقوق والواجبات بحيث لا يمكن لأحد أن يفرض إرادته على الآخر دون موافقته ورضاه، فإن ما يميّز هذه العلاقات في القانون العام هو طابعها السّلطوي الذي يقوم على **عدم التساوي الجوهري بين الإدارة ومنظوريها.**

ويمثّل القرار الانفرادي أهمّ مظاهر امتيازات السّلطة العامة، إذ يخوّل للإدارة تغيير المراكز القانونية بمجرّد التعبير عن إرادتها المنفردة دون حاجة إلى الحصول على موافقة المعنيين بالشأن.

على هذا الأساس يمكن تعريف **القرار الإداري الانفرادي بأنه العمل القانوني الصادر عن الإرادة المنفردة للإدارة.**

ولهذا التعريف فائدة كبرى في مستوى الآثار القانونيّة، إذ يخوّل تمييز القرار الإداري عن الأعمال القانونية الصادرة عن بقيّة السّلطات العمومية، كما

---

[283] انظر : G. Dupuis- *Définition de l'acte unilatéral*, Mél. Eisenmann, p.205 :
P. Delvolvé- *L'acte unilatéral*, Sirey, 1983
G. Darcy- *La décision exécutoire*, AJDA, 1994, p.663

يخوّل تمييز المقرّر التنفيذي المؤثر في الأوضاع القانونيّة عن بقيّة القرارات الإداريّة الانفرادية التي لا تؤدي إلى إحداث تغيير في المراكز القانونية.

الفرع الأول : القرار الإداري الانفرادي والقرارات الصادرة عن بقيّة السّلطات العمومية

348- تتّخذ مختلف السّلطات العمومية - التشريعية والحكومية والقضائية - أعمالا قانونية يختلف نظامها القانوني عن نظام القرار الإداري الانفرادي.

لذا وجب تمييز هذا الصنف من الأعمال القانونيّة عن الأعمال التشريعية (الفقرة الأولى) وعن أعمال السيادة (الفقرة الثانية) وعن الأعمال القضائية (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى : القرار الإداري الانفرادي والعمل التشريعي

نتولّى على التوالي إبراز أوجه التمييز قبل بيان آثاره

أ- أوجه التمييز

349- كان التمييز بين كلا المؤسستين في المنظومة القانونيّة التقليديّة واضح الملامح، لا يثير إشكالات تذكر، إذ كان يقوم على استخدام معيار شكلي، يعتمد مركز السّلطة العموميّة المصدرة للقرار وصفتها، فإذا كان العمل صادرا عن السّلطة التشريعية فإنه يتّخذ شكل قانون، ويكتسي الصبغة التشريعية، وإذا كان صادرا عن السّلطة التنفيذية فإنه يتّخذ شكل قرار انفرادي ويكتسي الصبغة الإداريّة.

350- على أنه لم يعد بالإمكان الاقتصار على هذا المعيار بعد صدور القانون الدستوري عدد65 المؤرخ في 27 أكتوبر1997، فهذا القانون قد أقرّ معيارا جديدا للتمييز بين العمل التشريعي والتراتيب - وهو صنف من الأعمال الانفراديّة شبيه بالقانون من حيث العموميّة والتجرّد- وهذا المعيار يعتمد الجانب المادي من عمل الإدارة، ويقوم على طبيعة القرار وفحواه، إذ أصبح بمقتضى

الفصل 34 جديد من الدستور مجال القانون محدّدا على وجه الحصر، وأصبحت المواد المتعلّقة بالحرّيات العامة وبالحقوق الفردية، وبالجباية، وبإحداث أصناف المؤسسات والمنشآت العمومية، وبنظام إصدار العملة، وبالتعهدات المالية للدولة تتّخذ في شكل قانون، كما أصبح القانون يضبط المبادئ العامة لنظام الملكية والحقوق العينية ونظام التعليم والصحة العمومية وقانون الشغل والضمان الاجتماعي[284]، أما بقيّة المواد التي لم ترد بهذه القائمة، فهي تعود إلى السّلطة الترتيبية العامة (الفصل 35 من الدستور) التي أصبحت تمارس بالتالي اختصاصا مبدئيا في جميع المواد الخارجة عن اختصاص السّلطة التشريعيّة، بشكل يخوّل لها اتّخاذ القواعد العامة والمجرّدة دون أن تكون مقيّدة بالقانون.

351- ويترتّب عن هذا التحوّل في المنظومة القانونيّة التقليديّة إحداث فئتين من التراتيب[285] :

- **التراتيب التقليدية** التي تصدر في مجال القانون لتنفيذ مقتضياته

- والتراتيب " التي لا تدخل في مجال القانون" والتي استقرّ الرأي على وصفها " **بالتراتيب المستقلّة**" بحكم أنها تصدر بصفة أوليّة عن السّلطة التنفيذيّة، دون أن تكون خاضعة للقانون.

وتتّضح هكذا أهمية المعيار المادي في التمييز بين القانون والتراتيب، فأين يقف اختصاص السّلطة التشريعية عند قيامها بأعمالها في المجال المحدّد لها بمقتضى الفصل 34 من الدستور ؟ ومتى يجوز للسّلطة التنفيذيّة اتخاذ التراتيب المستقلّة قصد تنظيم المواد الخارجة عن مجال القانون أو نزع الصبغة التشريعيّة

---

[284] حول هذا التنقيح الدستوري انظر :

أسماء بن عبدالله - مجال القانون والتراتيب حسب التنقيح الدستوري المؤرخ في 27 أكتوبر 1997، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون العام، كلية الحقوق بسوسة 1998

[285] راجع :

Y. Ben Achour – *le pouvoir réglementaire général et la constitution* , Mél. H. Ayadi, 2000, p. 193

عن النصوص القديمة التي صدرت في غير مجال القانون وفقا لأحكام الفصل 35 جديد من الدستور؟

352- بخصوص هذه المسألة :

- نلاحظ أولاً **تراجع دور القاضي الإداري في مراقبة شرعيّة هذه الطائفة من الأعمال**، نتيجة للتعديلات التشريعيّة والدستوريّة الأخيرة التي تم بمقتضاها نقل هذا الاختصاص إلى المجلس الدستوري[286]، وهو ما يؤكّد ظاهرة " **دسترة** " قواعد القانون الإداري التي سبق الإشارة إليها أعلاه[287].

- ونشير ثانيا :

1/ أنه لم يعد بالإمكان الاستناد في دعاوى الإلغاء لتجاوز السّلطة الموجّهة ضد الأوامر الترتيبيّة المنقّحة للقوانين والصادرة بناء على الرأي المطابق للمجلس الدستوري إلى عيب الاختصاص المستمد من تعلّق موضوع الأمر بمجال القانون[288]

2/ أنه لم يعد بالإمكان للمحكمة الإداريّة في نطاق اختصاصها الاستشاري المتعلّق بالأوامر الترتيبيّة بمختلف أصنافها تجاهل آراء المجلس الدستوري فيما يتعلّق بتحديد مجال القانون و التراتيب، ذلك أن رأي هذه الهيئة قد أصبح " ملزم(ا) لجميع السلطات العمومية " بعد تنقيح الفصل 75 من الدستور بمقتضى القانون الدستوري عدد 76 المؤرّخ في 2 نوفمبر 1998، مع الإشارة إلى أن تباينا في الآراء كان حاصلا بين المؤسّستين قبل نقل هذا الاختصاص إلى المجلس الدستوري[289].

[286] حول هذه المسألة انظر: الطيب اللومي- المحكمة الإداريّة و المجلس الدستوري، في: " التطوّر المتباين للنزاع الإداري "، تحت إشراف إبراهيم البرتاجي، كلية العلوم القانونية والاجتماعية بتونس، 2006، ص.35 وما يتبع

[287] راجع: رقم 63 أعلاه

[288] عملا بأحكام القانون عدد 98 المؤرخ في 25 نوفمبر 2002 المنقّح لقانون المحكمة الإداريّة

[289] الطيب اللومي- المحكمة الإداريّة والمجلس الدستوري، المرجع سابق الذكر، ص.35 وما يتبع

ب- آثار التمييز

يولّد التمييز بين القرار الإداري الانفرادي والعمل التشريعي أثرين أساسيين:

353- يتمثّل الأول في أن **القرار الانفرادي يكون دائما قابلا للمراجعة**، سواء من طرف الإدارة، عن طريق النسخ أو السحب أو الإلغاء[290]، أو من طرف القاضي الإداري بواسطة الدعوى المباشرة بتجاوز السّلطة أو عن طريق الدفع غير المباشر بعدم الشرعيّة، في حين **يتمتّع العمل التشريعي منذ صدوره بحصانة تامة** تحول دون مناقشته من أي سلطة كانت، فيما عدا الرقابة السابقة التي يمارسها المجلس الدستوري على مشاريع القوانين قبل المصادقة عليها من طرف السلطة التشريعيّة.

354- ويتمثّل الثاني في أن **القرار الانفرادي قد يؤدي إلى قيام مسؤولية الإدارة** طبقا لشروط محدّدة[291]، في حين **لا تترتّب عن الأعمال التشريعيّة في تونس أيّة مسؤولية**[292].

الفقرة الثانية : القرار الانفرادي وأعمال السيادة

355- تمثّل أعمال السيادة الأعمال الصادرة عن السّلطة التنفيذية في المجال المتعلّق بالوظيفة الحكومية، فإذا تجاوزت السّلطة التنفيذية إطار العمل الإداري العادي وساهمت في العمل التشريعي، أو عملت في ميدان العلاقات الخارجيّة مع

[290] انظر رقم 417 وما يتبع أسفله

[291] انظر:

M.S. Ben Aissa- *Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute dans la jurisprudence du Tribunal administratif tunisien*, Mél. Chapus, Montchrestien, 1992, p. et suiv.

[292] لم تكرّس المحكمة الإداريّة إلى حد هذه الساعة نظام المسؤوليّة الإداريّة دون خطأ من أجل الأعمال التشريعيّة (CE, 14 janvier 1938, *Société des produits laitiers La Fleurette*, GAJA, n° 52) أو المعاهدات الدوليّة (CE, 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, GAJA n° 85) الذي نجده في فرنسا

الدول الأجنبيّة، فإن القرارات التي تتّخذها لا تكون خاضعة للنظام العام للقرارات الإدارية [293].

ويستند التمييز بين القرار الإداري وأعمال السيادة إلى وجود أعمال هي أعمال إداريّة لا محالة بحكم صدورها عن السّلطة التنفيذيّة، ولكنها تختلف عن الأعمال الإداريّة العاديّة، باعتبار أنها صادرة عن ذات السّلطة ولكن في إطار مشاركتها في الوظيفة التشريعيّة أو في إطار علاقاتها مع الدول الأجنبيّة أو مع المنظّمات الدوليّة، فمن الطبيعي أن يقع إفراد هذه الأعمال بنظام قانوني مميّز يختلف عن ذلك الذي تخضع له الأعمال الإداريّة العاديّة، وقد أقرّت المحكمة الإدارية هذا التمييز منذ البداية وصرّحت في هذا المعنى: " إن للسلطة صفتين، الأولى بصفتها كإدارة فإنها تستخدم القرارات الإدارية كأداة للوصول إلى غايتها في تسيير الخدمات والمرافق خدمة للصالح العام. والثانية سياسية تستخدم نوعا آخر من القرارات حفاظا على سلامة الدولة"، ثم أضافت: " أن ما يسمّى **بأعمال السيادة في الفقه والاجتهاد القضائي إنما يقصد بها الأعمال السياسية الهامة، كحالات الحرب والعلاقات الخارجية وعلاقات الحكومة بالسّلطة التشريعية**"[294]، وعلى هذا الأساس يمكن تصنيف هذه الأعمال إلى فئتين: أعمال تتعلّق بمشاركة الحكومة في السّلطة التشريعيّة وأعمال متّصلة بالعلاقات الخارجيّة للدولة.

أ- الأعمال المتّصلة بالعلاقات مع السّلطة التشريعيّة

356- تندرج في نطاق هذه الطائفة من الأعمال القرارات المتعلّقة بالتدابير الاستثنائية التي تتّخذ في حالة خطر داهم مهدّد لكيان الجمهورية وأمن البلاد التي نصّ عليها الفصل 46 من الدستور[295]، وقرارات اللّجوء إلى الاستفتاء الشعبي[296]، وكذلك القرارات المتعلّقة بإيداع أو بسحب مشروع قانون[297].

[293] حول هذه المسألة تنظر: E. Carpentier- *L'acte de gouvernement n'est pas insaisissable*, RFDA 2006. 661

[294] م.إ.تس.، 14 أفريل 1981، عدد 325، بيار فلكون / وزير الفلاحة، أ.ك. رقم 13. ص. 209

[295] CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, GAJA, n° 82

ب- الأعمال المتّصلة بالعلاقات الخارجية للدولة

357- هذه الأعمال عديدة ومتنوّعة نذكر من بينها القرارات المتّخذة بمناسبة التفاوض في المعاهدات الدولية، أو تلك المتّصلة بالعلاقات الدبلوماسية، أو التدابير المتعلّقة بالحماية الدبلوماسية للمواطنين بالخارج[298].

ج- القرارات المنفصلة عن أعمال السيادة

358- نشير في البداية إلى" التقلّص المستمرّ" الذي تشهده هذه الأعمال حسب تعبير المحكمة الإدارية، وذلك نظرا لما تمثّله من خطورة على حقوق الأفراد، ففي هذا المجال كما في مجالات أخرى من العمل الإداري ابتدع القاضي الإداري نظرية الأعمال المنفصلة[299]، للحدّ من النتائج الوخيمة لأعمال السيادة على حقوق منظوري الإدارة، وذلك بإخضاع الأعمال التي تبدو منفصلة عن العملية الأصليّة، بحكم أن لها " كيان ذاتي " إلى النظام العام للأعمال الإداريّة، و من أهمّ مظاهر إعمال هذه النظرية، نذكر القرار الذي تكلّف بمقتضاه الحكومة نائب برلماني بمهمّة[300]، أو قرار رفض تسليم مشبوه فيه مقيم بالخارج إلى عدالة بلاده[301].

[296] CE, Ass., 19 octobre 1962, *Brocas*, Rec.553

[297] انظر قرار مجلس الدولة المتعلق بأمر ختم قانون:
CE, Sect. 3 novembre 1933, *Desrumeaux*, RDP, 1934, 649, Note Jèze

[298] انظر قرار مجلس الدولة المتعلق بقضية منطقة الأمن المحدثة في المياه الدولية أثناء القيام بالتجارب النووية الفرنسية:
CE, Ass, 11 juillet 1975, *Paris de Bollardière*, AJDA, 1975, 455

[299] حول الأعمال المنفصلة انظر :
لمياء الفتوي- الأعمال المنفصلة في فقه قضاء المحكمة الإدارية، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة في القانون العام، كلية الحقوق بسوسة، 1996

[300] CE, Sect., 25 sept. 1998, *Mégret*, RFDA, 1999.254, Concl. Maugué

[301] CE, Ass., *Colonie de Hong Kong*, Rec. 267, ConcL. Vigouroux

الفقرة الثالثة : القرار الانفرادي والقرار القضائي

359- تكتسي هذه المسألة أهمية بالغة في القانون الإداري لما لها من انعكاس على النظام القانوني الذي سيطبّق على مختلف هذه الأعمال[302]، لذا وجب إبراز أوجه التمييز قبل تحديد آثاره

أ- أوجه التمييز بين القرار الإداري والقرار القضائي

360- من المفروض ألاّ يثير التمييز بين القرار الإداري والقرار القضائي صعوبات خاصة نظرا للاختلاف الواضح بينهما من حيث المصدر والإجراءات والموضوع.

فالقرار القضائي هو القرار الصادر عن السّلطة القضائية طبقا للإجراءات القضائية ولغاية قول كلمة الفصل في مسألة قانونية تكون محلّ نزاع، أمّا القرار الانفرادي فهو القرار الصادر عن سلطة إدارية لغاية تنفيذ القانون والتراتيب.

ويكون التمييز بديهيا كلّما أفصحت النصوص المحدثة لهيئة ما عن طبيعتها القانونية، ولكن المسألة تتشعّب في غياب نص صريح، وهو ما يدعو إلى البحث عن معيار تمييز حاسم، إذ يوجد في مستوى العمل الإداري هيئات عديدة ومتنوّعة، أوكل لها المشرّع النظر في بعض المسائل ذات الصبغة الإداريّة واتخاذ القرارات الملائمة بشأنها، فما هي طبيعة الأعمال الصادرة عنها ؟

لقد أثير الإشكال في مستوى العمل القضائي بالنسبة للقرارات الصادرة عن لجان الإنزال[303]، ولجان التصرّف في الأراضي الاشتراكية[304]، واللجان الجهوية

[302] Lampue- *la notion d'acte juridictionnel*, RDP1954 et R. Chapus – *Qu'est ce qu'une juridiction ? La réponse de la juridiction administrative*, Mél. Eisenmann, p.263

[303] المحدثة بمقتضى أمر 12 أفريل 1913 المنقّح بالأمر المؤرخ في 14 جويلية 1923 وبالقانون المؤرخ في 11 أفريل 1958

[304] المحدثة بالقانون المؤرخ في 4 جوان 1964

لتصفية الأحباس[305]، والهيئات المهنيّة[306]، وقد سعى الفقه إلى البحث عن المعيار الملائم للتمييز بين هذه الأصناف من الأعمال القانونيّة[307]، فمنهم من اقترح المعيار الشكلي الذي يعتمد طريقة تنظيم الهيئة المصدرة للقرار وتركيبتها والصيغ والإجراءات المتّبعة أمامها، ومنهم من اقترح المعيار المادي أو الوظيفي الذي يعتمد طبيعة المسألة المعروضة على نظر الهيئة المختصّة ومدى وجود نزاع قانوني بشأنها وسلطات الهيئة المكلّفة بحسمها.

361- أما **فقه القضاء فإنه لا يعتمد معيارا موحدّا وإنما مجموعة من المؤشرات** في غياب التعبير الصريح عن إرادة المشرّع[308].

وقد تبنت المحكمة الإدارية هذا المنهج الذي كان أقرّه القاضي الإداري الفرنسي[309] منذ سنة 1976 لمّا نفت الصبغة القضائية عن لجان الإنزال على أساس أن النصوص المحدثة لها تفيد أنها " تشكّل تشكيلا إداريا محضا وليس لها طابع قضائي بالمرّة، ولا تتبع الإجراءات القضائية عند البت في إقرار حقوق الإنزال التي تعرض عليها، ومن ثم فإنها تعتبر هيئة إداريّة وتكون مقرّراتها قرارات إداريّة "[310]، وقد تأكّد هذا القرار بصدور القرارات المتعلّقة بلجان التصرّف في الأراضي الاشتراكية حيث نفت المحكمة الإدارية الصبغة القضائية في جانب لجان التصرّف على أساس أن قراراتها " لا تصبح نافذة المفعول إلا بعد

[305] المحدثة بالأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المنقح بالقانون عدد24 المؤرخ في 22 فيفري 2000

[306] انظر: المنتصر الوردي- الرقابة القضائيّة على قرارات الهيئات المهنيّة، المرجع سابق الذكر، ص. 177 وما يتبع

[307] حول هذا الموضوع، راجع : R. Chapus- *Qu'est ce qu'une juridiction ?* .... Art précité

[308] J.M. Auby– *Autorités administratives et autorités juridictionnelles*, AJDA, n° spécial, 20 juin 1995, p.91-98

[309] C.d E., Ass. 7 février 1947, *D'Aillières*, GAJA, n° 60

[310] م.إ. تس.، 9 فيفري 1978، عدد 25، مصطفى بوليلة ومن معه / م.ع.ن.د. في حق وزارة الفلاحة، أ.ك.، رقم – ص. 87

مصادقة الوالي الذي "له الحق في إعادة النظر فيها والبت فيها بصفة نهائية" ممّا يؤكد صبغتها الإدارية[311].

وقد تسنى للمحكمة الإداريّة بيان طريقتها في التحليل في قرار صادر عنها في مجال النزاعات المتعلّقة بتصفية الأوقاف لما اعتبرت أنه " بالرجوع إلى أحكام الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957، يتبيّن أن اللجنة الجهوية لتصفية الأحباس، استنادا لما تتّسم به تركيبتها وصلاحياتها، هيئة قضائية مختصّة بالنظر في تصفية الأحباس الخاصة والمشتركة واتخاذ القرارات بتسمية المصفين وإعفائهم أو تعويضهم"، لتخلص من ذلك" أن والي زغوان، بإصداره القرار القاضي بتعويض المصفّي، يكون قد حلّ محل هيئة قضائية"[312].

من جهة أخرى يلاحظ أن بعض المنظمات ومنها على وجه الخصوص الهيئات المهنية لها طبيعة مزدوجة، إذ تمثّل من جهة سلطة إدارية تتّخذ قرارات إدارية كقرارات الترسيم أو رفض الترسيم بالجدول، ومن جهة أخرى سلطة قضائية تتّخذ قرارات قضائية قابلة للطعن بطرق الطعن الاعتيادية (الاستئناف والتعقيب) كالقرارات التي تتّخذها في المجال التأديبي[313].

ب- آثار التمييز

يختلف النظام القانوني المطبّق على الأعمال القضائية عن النظام القانوني المطبّق عن الأعمال الإدارية من ثلاثة زوايا أساسية:

[311] م.إ.، تس.، 28 ديسمبر 1989، عدد 1200، الحاج صالح العماري ومن معه / والي مدنين، الأحداث القانونية التونسية عدد4، 2-1990 ص 111؛ انظر في نفس الاتجاه: م.إ.، تس.، 30 مارس 1982، عدد 437، محمد المزطوري / وزير الفلاحة، م. ص. 40

[312] م.إ.، تس.،31 ماي 1990، عدد 1920، محمد فرحات / والي زغوان، أ.ك.، رقم 22، ص. 359

[313] انظر: منتصر الوردي- الرقابة القضائية على الهيئات المهنية في تونس، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون العام، كلية الحقوق بسوسة، 1995، وعياض بن عاشور- التمييز بين القرار القضائي والقرار الإداري، المرجع السابق ذكره، ص 115 وما يتبع.

362- لا يمكن اتّخاذ القرار القضائي إلا طبقا للصيغ والإجراءات الخاصة بالأحكام كما هي محدّدة بمقتضى النصوص الخاصة أو المبادئ العامة للقانون، ومن بينها التنصيص على أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم وإمضاؤهم على المسودة، وضرورة احترام مبادئ المواجهة، وحقوق الدفاع، والتعليل، وسرّية المفاوضة، وهذه القواعد لا تطبّق على القرار الإداري، فمبدأ التعليل مثلا لا يكون واجبا على السّلطات الإدارية إلا إذا فرضته النصوص[314].

363- تتعلّق بالقرارات القضائية منذ صدورها حجيّة الشيء المقضي به في حين أن القرارات الإدارية لا تحرز إلا على قرينة السلامة[315].

364- تتمثّل أساليب الطعن في القرار القضائي في الطعون الاستدراكية الاعتيادية (الاستئناف والتعقيب)، أو التراجعية الاستثنائية (الاعتراض واعتراض الغير، و الطعن بإعادة النظر، وإصلاح الغلطات المادية، وشرح الأحكام)، في حين يخضع القرار الإداري لطرق المراجعة الإدارية (النسخ، السحب، الإلغاء)[316] بواسطة صاحب القرار أو بواسطة السّلطة الرئاسيّة أو عن طريق رقابة الإشراف، ويكون القرار الإداري أيضا قابلا للإلغاء أمام القاضي الإداري.

الفرع الثاني : القرار الإداري والمقرّر التنفيذي

365- تنقسم القرارات الإدارية الانفرادية إلى نوعين أساسيين :

- **قرارات لا تمسّ بحقوق الأفراد ولا تؤثّر في أوضاعهم القانونية**

- و**قرارات منشئة لحقوق أو مرتّبة لالتزامات**، مؤثّرة في المراكز القانونية للغير- إيجابا أو سلبا - تعدّ كما صرّحت بذلك المحكمة الإدارية - "قرارات تنفيذية من شأنها أن تترتّب عنها آثار قانونية بذاتها"[317].

[314] حول هذه المسألة انظر رقم 402 أسفله

[315] انظر رقم 410 أسفله

[316] تنظر رقم 416 وما يتبع أعلاه

[317] م. إ.، تس. ، 15 فيفري 1985، عدد 1228، مفيدة برناز/ وزير المالية، أ.ك.، رقم 18، ص.297

ويعتبر المقرّر التنفيذي في القانون الإداري" قاعدة أساسية من قواعد القانون العام"[318].

وقبل عرض النظام القانوني لهذه الأعمال نتولّى تمييزها عن القرارات الإدارية غير التنفيذية التي تتفرّع بدورها إلى ثلاثة أصناف مختلفة:الأعمال التمهيدية والتهديديّة والتنفيذية (الفقرة الأولى)، الإجراءات ذات الطابع الداخلي (الفقرة الثانية)، والمناشير والأعمال التوجيهية (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى : الأعمال التمهيدية والتهديدية والتنفيذية

366- يقتضي العمل الإداري اتّخاذ العديد من القرارات، منها ما هو سابق لاتّخاذ القرار، كالأعمال التمهيدية والتحضيرية والإرشادات والاستشارات والتأشيرات والبحوث التحضيرية والوعود والتهديدات، ومنها ما هو لاحق لاتخاذ القرار، كالأعمال الكاشفة والأعمال التي تتّخذ لتنفيذ القرارات الإدارية، كل هذه المقرّرات لا تنشئ حقوقا أو التزامات ولا تغيّر في المراكز القانونية للمعنيين بالشأن، فهي لا تعتبر بالتالي مقرّرات تنفيذية؛ تقول المحكمة الإدارية في هذا الشأن: "حيث أن من المسلّم به فقها وقضاء أن دعوى الإلغاء... لا توجّه إلا إلى القرارات الإدارية التنفيذية، فلا بدّ من أن يكون ثمّة قرار صادر من جهة إدارية – صريحا كان أو ضمنيّا – له صبغة تنفيذية، من شأنه أن يؤثر في المركز القانوني لرافع الدعوى، أو يلحق ضررا به لكي تقبل هذه الدعوى"[319]، مع الإشارة إلى أن المحكمة الإداريّة قد تراجعت في مادة تجاوز السلطة عن هذا الشرط الثاني – شرط إلحاق أذى برافع الدعوى – على أساس الصبغة الموضوعيّة لدعوى تجاوز السلطة التي تتنافى مع الصبغة الذاتية والشخصيّة لهذا الشرط، وأضحت تكتفي في تعريفها للمقرّر التنفيذي القابل للطعن بتجاوز السلطة بشرط

[318] CE, 2 juillet 1982, *Huglo et autres*, A.J.D.A., 1982, Concl. Note Biancarelli, Lucaszewicks

[319] م.إ.، تس.، 22 نوفمبر 1983، عدد 949، وحيد خمير / وزير الفلاحة، م. ص. 323

التأثير في المركز القانوني[320]، وأيا كان الشأن لا تعتبر مقرّرات تنفيذيّة **القرارات الكاشفة** (*actes recognitifs*) **التي لا تستحدث شيئا جديدا في العالم القانوني، إذ** يقتصر أثرها على تأكيد حالة سابقة قائمة بذاتها، ومثال ذلك التصريح بنتائج الامتحان في مؤسّسة جامعية الذي لا يؤثّر في المراكز القانونية ولا تتوفّر فيه مقوّمات المقرّر التنفيذي[321]، **ومقترحات اللجان المتناصفة التي لا تشكّل مقرّرات تنفيذية وإنما مجرّد أعمال تحضيرية** (*actes préparatoires*)[322]، كما أن لجوء الإدارة إلى **الإجراءات التهديديّة** (*mesures comminatoires*) **بتوجيه ملاحظات صارمة إلى أحد أعوانها " دون الاحتفاظ بها بملفه الشخصي" لا يشكّل مقرّرا تنفيذيّا مؤثرا في المركز القانوني للمعني بالشأن**[323].

غير أنه إذا تجاوزت هذه الأعمال مرحلة الإعداد والاستشارة والتحضير وأثّرت مباشرة في حقوق المعنيين بالشأن، ومثال ذلك آراء اللجان العلميّة أو آراء اللجان الطبية لرخص المرض تكون قد أحرزت على الصبغة التنفيذيّة [324] ، وفي هذا السياق تعتبر المحكمة الإداريّة أن رفض اتخاذ إجراء تحضيري يتنزّل منزلة الأعمال المؤثّرة في المركز القانوني كلّما آل ذلك إلى حرمان المعني بالشأن من

[320] تعتبر المحكمة في هذا الاتجاه أن " المقرّر الإداري القابل للطعن بالإلغاء على نحو ما جرى عمل هذه المحكمة على تعريفه هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والتراتيب قصد إحداث أو تغيير أو إنهاء مركز قانوني معيّن " (م.إ.، اب. تس.، 29 أفريل 2005، عدد 17987، الهادي حفيّظ / وزير التجهيز والإسكان والتهيئة الترابيّة، غير منشور)

[321] ومثال ذلك قرارات سحب بطاقات أعداد الامتحان (م.إ.، اب. تس.، 9 جانفي 2002، عدد 17306، هشام القرواشي / عميد كليّة العلوم الإنسانية والاجتماعيّة، غير منشور) أو قائمة الناجحين في الامتحان (م.إ.، اب. تس.،25 ديسمبر 2002، عدد 110562، كريم بن عزيزة / عميد كليّة الطب ابن الجزار بسوسة، غير منشور)

[322] م.إ.، تس، 30 مارس 1982، عدد 639، محمد المنصف الجربي/ وزير النقل والمواصلات، م. ص 50

[323] حول هذه الإجراءات، انظر: أحمد الراعي- الإجراءات ذات الطابع الداخلي، المرجع السابق

[324] تقول المحكمة الإداريّة في هذا الشأن: " حيث وخلافا لما دفعت به الجّهة المدعى عليها فإن الرأي المطعون فيه في قضيّة الحال وإن كان صادرا عن لجنة علميّة لها صبغة استشاريّة فهو مقرّر أحادي ويولّد آثارا قانونيّة وهو بذلك قابل للطعن بالإلغاء " (م.إ.، تس.، 19 جوان 1997، عدد 13374، حمادي الشملي/ وزير الفلاحة، غير منشور)

حقوقه التي يتوقّف عليها القرار النهائي، وهو ما أكّدته المحكمة لما اعتبرت أن صمت الوزير عن مطلب ولي التلميذ الذي كان يهدف إلى تتبّع مدير المعهد تأديبيا من أجل إهانته لابنه من شأنه " المساس من حقّه (أي التلميذ) في أن يعامل دون عنف لفظي أو مادي عند طلبه لخدمة إداريّة "[325].

وخلاصة القول يجب التأكيد على أن مفهوم المقرّر التنفيذي يؤدي إلى استبعاد طائفتين من الأعمال الإداريّة: المقرّرات الإداريّة غير التنفيذيّة من جهة والمقرّرات غير المؤثّرة في المراكز القانونيّة من جهة أخرى

الفقرة الثانية : الإجراءات ذات الطابع الداخلي

367– تهدف **الإجراءات ذات الطابع الداخلي** (*les mesures d'ordre intérieur*)[326] إلى " **تنظيم الحياة الداخلية للمرافق العامة**" حسب تعبير الفقيه *Hauriou*، وعلى هذا الأساس **لا تكتسي أية قوّة إلزامية إزاء منظوري الإدارة** الذين لا يمكن لهم مبدئيا الاحتجاج بأحكامها، فقد اعتبرت المحكمة الإدارية مثلا أن تكليف العارضة بمهمة رئاسة قسم بالمستشفى " لم يكن بمثابة تسمية في نطاق وظيفة إدارية" ذلك أن هذا القرار " **لا يتجاوز سير التنظيم الداخلي لعمل المؤسّسة**"[327].

368– غير أن هذه القاعدة تحتمل الاستثناء، ويثور الإشكال عمليا عندما **تتعدّى هذه الإجراءات مجرّد مقتضيات التنظيم الداخلي لتصل إلى المسّ بالحقوق الأساسية لأصحاب الشأن**، وللتأكد من هذه المسألة يجب تجاوز ظاهر العمل الإداري للخوض في باطنه وفحواه، وفي هذا السياق لم تتردّد المحكمة الإداريّة في نفي الطابع الداخلي عن المقرّرات المؤثّرة في المسار الوظيفي للعون العمومي، ومثال ذلك مذكّرة العمل الصادرة عن مدير المستشفى والمتضمنة منع العارض من

[325] م.إ.، اب.، تس.، 20 ديسمبر 2003، عدد 1/15021، محمد العرفاوي / وزير التربية والتكوين، غير منشور

[326] J. Rivero- *les mesures d'ordre intérieur administratives*, op.cit

[327] م.إ.، تس.، 22 جويلية 1977، عدد 111، آمال فري / وزير الصحة العمومية، أ.ك. رقم 5، ص. 75.

ممارسة مهام معالجة المرضى بالمستشفى العمومي خلافا لمقتضيات القانون الأساسي للأطباء الاستشفائيين[328].

369– ويمكن أن نلاحظ في هذا المجال التحوّل الهام الذي طرأ على موقف القاضي الإداري الفرنسي منذ توليه النظر في قضية ما سمّي "بالخمار الإسلامي" حيث قبل مبدأ مراقبة شرعية النظام الداخلي للمعهد الذي يمنع التلاميذ من ارتداء هذا الخمار[329]، إلى حين إصداره لقراري (*Hardouin et Marie*)[330]، حين قبل لأول مرة مبدأ **النظر في شرعية العقوبات الخفيفة التي تسلّط على التلاميذ أو المساجين أو الجنود لغاية فرض الانضباط داخل المؤسّسات التربوية أو الإصلاحية أو العسكرية.**

الفقرة الثالثة : المناشير والتوجيهات

370– يقتضي حسن تنظيم المرافق العامة قيام الإدارة بالأعمال اللازمة لإنارة الأعوان المكلّفين بالتنفيذ والمتعاملين مع المرفق حول طريقة أداء الخدمة العموميّة، وهذه الأعمال التي تتخذ شكل **مناشير أو توجيهات لا ترقى إلى درجة المقرّرات الإداريّة التنفيذيّة، فلا تندرج ضمن مصادر الشرعيّة المألوفة إلا إذا تجاوزت حدود النظام الداخلي للمرفق**

أ– المناشير (*les circulaires*)

371– تعدّ المناشير والمذكّرات العامة ومذكّرات العمل وسيلة لتمرير تعليمات السّلطات الإدارية العليا (الوزير، المديرون، الولاة، رؤساء البلديات، مديرو المؤسّسات العموميّة، رؤساء المصالح الإداريّة...) إلى السّلطات الدنيا، وتتضمّن أوامر السّلطة الرئاسية إلى المرؤوسين وشرح النصوص القانونية التي يتعين عليهم تنفيذها، وتهدف إلى إنارة الأعوان وتوجيه أعمالهم وتنسيق أساليب

[328] م.إ.، تس.، 25 ماي 1994، عدد 2891، نور الدين قدور/ وزير الصحة العموميّة، غير منشور

[329] CE, 2 novembre 1992, *M. Kheroua* , AJDA1992, p.78

[330] CE, 17 février 1995, *Hardouin et Marie*, GAJA, n° 99

العمل داخل الإدارة، وتكتسي هذه الظاهرة أهمية بالغة في الحياة الإدارية بسبب تنامي أعمال الإدارة وتنوّعها وتعدّد وتشعّب النصوص المنظمة لها.

ويمثّل المنشور عملا داخليا صرفا[331]، موجّها فقط إلى أعوان الإدارة، ملزما لهم على أساس واجب الطاعة المحمول على المرؤوسين، ولكن دون تأثير على حقوق منظوري الإدارة : لا يعارضون بأحكامه ولا يمكن لهم الاحتجاج بها.

372- ولكن يحدث أن يستغلّ رؤساء الإدارة فرصة إصدار المنشور لتغيير المراكز القانونية وإضافة قواعد جديدة لم ترد في النصوص القانونية المراد تفسيرها، فيتحوّل المنشور حينئذ من مجرّد **عمل تفسيري** لا تأثير له على الأوضاع القانونية إلى **عمل ترتيبي** منشئ لحقوق أو مرتّب للالتزامات.

وهذا **التمييز بين المناشير التفسيرية والمناشير الترتيبية** له بالغ التأثير على المستوى العملي، فالصنف الأول- أي المنشور التفسيري - بحكم أنه يتعلّق بالحياة الداخلية للإدارة، لا يلزم الأفراد ولا يمكن لهؤلاء الاحتجاج بمقتضياته في مواجهة الإدارة، فلا يعتبر بالتاي مقرّرا تنفيذيا مؤثّرا في المراكز القانونيّة للمخاطبين بأحكامه، ولا يقبل الطعن فيه بالإلغاء أمام القاضي الإداري.

أما الصنف الثاني- أي المنشور الترتيبي - فبحكم أنه يتضمن قواعد جديدة لم ترد بالقوانين والتراتيب الجاري بها العمل يعتبر من قبيل المقرّر الإداري التنفيذي"[332]، ؛ تقول المحكمة الإداريّة في هذا الشأن: ' **وحيث استقر الفقه والقضاء الإداريان على إقرار حق الإدارة في إصدار المناشير والأعمال الداخليّة التي تراها لازمة لتنظيم سير المؤسّسة التي تشرف على شؤونها أو لتفسير النصوص القانونيّة النافذة من خلال توضيح ما يعتريها من غموض ... شريطة عدم النيل من القوانين والتراتيب المعمول بها**"[333]

---

331 انظر رقم من 367 إلى 369 أعلاه

332 CE, 29 janvier 1954, *Institution Notre Dame du Kreisker*, RDP, 1955. 175, note M. Waline

333 م.إ.، اب.، تس.، 17 أفريل 2004، عدد 19636، خلد بالأكحل / وزير المالية، غير منشور؛ انظر أيضا: م.إ.، اب.، تس.، 9 ديسمبر 2006، عدد 1/10976، سعيدة عدالي / وزير التربية والتكوين سالف الذكر: إن منشور وزير التربية عدد 102 لسنة 1986 المؤرّخ في 18 سبتمبر 1986 الذي اقتضى إلزام الموظفين أثناء مباشرتهم لعملهم بمراعاة "واجب الظهور بالهندام السوي

ويجب أن ننبّه إلى إمكانية احتواء المنشور في ذات الوقت على قواعد ترتيبية تكون قابلة للطعن وللإبطال وعلى قواعد تفسيرية لا يقبل الطعن بشأنها[334].

373- كما يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي قد طوّر مؤخرا الرقابة التي يمارسها على المناشير إذ أضحى يعتبر " أن الأحكام الآمرة وذات الصبغة العامة لمنشور أو لمذكرة عمل، و القرارات الضمنية برفض إلغائها تعتبر دائما مؤثرة في المراكز القانونيّة (*faisant grief*)[335]وقابلة للطعن بتجاوز السلطة.

ب- التوجيهات (*les directives*)

374- تمثّل التوجيهات " **الأعمال الصّادرة عن سلطة إدارية معيّنة في نطاق ما لها من صلاحيات تقديرية لغاية ضبط الخطوط العامة لعمل الهياكل الراجعة لها بالنظر**"[336]، فهي تقع بين " **الأمر والأمنية** "، وتتميّز عن بقيّة القرارات الإدارية بصبغتها المرنة، إذ لا تمثّل قواعد آمرة وإنما مجرّد توجّهات عامة تترك للأعوان المكلفين بتطبيقها حرّية اختيار التدابير المناسبة للأهداف العامة التي كانت وراء صدورها، فهي تلعب دور الدفع والتحريض في الحياة الإدارية[337] وتمثّل طريقة مفضّلة لتحقيق الأهداف العامة للإدارة، وبخاصة في المجال الاقتصادي.

375- وقد حرص القضاء الفرنسي على ضبط النظام القانوني لهذه الأعمال فصار يعتبر[338] أن **التوجيهات لا تكتسي الصبغة الترتيبية** وأن التوصيات التي توجّه من رؤساء المصالح الإداريّة للأعوان المكلّفين بالتنفيذ لغاية ضبط التوجّهات العامة للعمل الإداري ليست آمرة، بل تترك لهم هامشا واسعا من الحرّية في تحديد

الذي لا يوحي بما يعد تطرفا أو خروجا عن المألوف" المحمول عليهم بمقتضى قانون الوظيفة العموميّة قد " تضمّن قاعدة جديدة تتعلّق بالهندام وردت في صيغة مبهمة لم يسبق التعرض لها بنص تشريعي " وهو ما يجعل المنشور المذكور مخالفا للدستور

334 : م.إ.، تس.، 3 مارس 1978، عدد 133، مصطفى خوجة / الوزير الأول، م.، ص. 44

335 CE, 18 décembre 2002, *Duvignères*, GAJA, n°114

336 CE., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France* , GAJA, n° 114

337 انظر : J. Morand – Deviller - *Cours de droit administratif* , op. cit., p.345 et suiv.

338 CE, 23 mai 1969, *Société Distillerie Brabant*, Rec.264, Concl. Questiaux

الوضعيات الفردية الناشئة عنها قد تصل إلى وضع استثناءات خاصة لكل حالة على حدة، وعلى هذا الأساس **لا تولّد التوجيهات أثرا مباشرا إزاء الأفراد الذين لا يمكن لهم الطعن فيها مباشرة أمام القاضي الإداري، وإنما بصفة غير مباشرة، بمناسبة اتّخاذ الإجراءات الفردية المتعلّقة بتطبيقها**، وهو المنهج الذي سارت عيه المحكمة الإداريّة عند نظرها في شرعيّة المقرّرات المتّخذة على أساس التوجيهات المتعلّقة بتحديد قواعد الأقدميّة في إدارة المدارس الابتدائيّة لما قضت بإلغاء المقرّر الفردي الذي اتخذ لتطبيقها[339].

المبحث الثاني : تقسيمات المقرّرات الإدارية التنفيذية

376- يعتمد في تصنيف المقرّرات الإدارية التنفيذيّة تقسيمين أساسيين: التقسيم العضوي (الفقرة الأولى) والتقسيم المادي (الفقرة الثانية)

الفرع الأول : التقسيم العضوي

377- يعتمد التقسيم العضوي معيار السّلطة الإدارية المصدرة للقرار، ويعتبر هذا العنصر المعيار الأساسي الذي يقع إعماله لتحديد أصناف الأعمال الإدارية وضبط طبيعتها القانونية، وطبقا لهذا المعيار يعدّ مقرّرا تنفيذيّا القرار الأحادي الجانب الصادر عن سلطة إدارية، وهو ما يعني أن المقرّرات الصادرة عن سلطة غير إداريّة لا تتوفر فيها مبدئيا صبغة المقرّر التنفيذي.

على أن المعادلة بين المقرّر التنفيذي والسّلطة الإدارية ليست مطلقة، ذلك أن إصدار هذا النوع من المقرّرات ليس مقصورا على السّلطات التي تدخل في إطار التنظيم التقليدي للإدارة - مركزي أو لامركزي - بل تتجاوزها لتشمل سلطات أخرى لا علاقة لها بالإدارة بالمعنى العضوي لهذه العبارة.

---

[339] م.إ.، اب.، تس.، 23 ماي 2003، عدد 17319، محمد علي السلطاني / وزير التربية، غير منشور

الفقرة الأولى : المقرّرات والمداولات

378- بالرجوع إلى المعيار العضوي تعتبر مقرّرات تنفيذية المقرّرات التي تصدر عن السلطات إدارية المتدرّجة، ويبرز هذا التقسيم وجود فئتين من المقرّرات الإدارية : المقرّرات التي تصدر عن الهيئات الإدارية التفاوضية الجماعيّة والتي تتّخذ شكل مداولات، والمقرّرات التي تصدر عن السّلطات الإدارية التنفيذية والتي تتّخذ شكل قرارات، فأما الفئة الأولى من المقرّرات فهي التي تصدر عن الهيئات الجماعية التي أسند لها القانون البتّ في المسائل الراجعة لها بالنظر وإصدار المداولات التي تكتسي صبغة تقريرية، ويمكن أن نذكر من بين هذه الهيئات المجالس البلدية أو الجهوية، وكذلك الهياكل التفاوضية للهيئات المهنية، وأما الفئة الثانية من المقرّرات فهي التي تصدر عن مختلف السّلطات الإدارية التنفيذية (الوزراء، الولاة، رؤساء البلديات).

379- ويلاحظ أن القرارات الإداريّة تتخذ أشكالا مختلفة : مراسيم أو أوامر بالنسبة لرئيس الجمهورية، قرارات بالنسبة للوزراء والولاة ورؤساء البلديات، مناشير أو توجيهات بالنسبة لرؤساء المصالح الإدارية، والأصل أن الإدارة غير مقيّدة بشكل معيّن ما لم يأمرها المشرّع بإتباع شكل من الأشكال المحدّدة.

ونشير من ناحية أخرى إلى أن هذه الأعمال لا تتّخذ بالضرورة الشكل المكتوب، فيمكن أن تكون شفوية، أو أن تتخذ شكل مجرّد إشارات سمعية أو بصرية.

ونضيف أن المقرّرات التنفيذية ليست مقصورة على السّلطات الإدارية، إذ يمكن أن تصدر عن هيئات لا تنتمي عضويا للإدارة التقليدية.

الفقرة الثانية : المقرّرات الإدارية الصادرة عن الهيئات التي لا تنتمي إلى الإدارة التقليدية

380- توجد هيئات عديدة داخل الدولة لا تنتمي إلى الإدارة التقليدية ولكنّها تتمتّع بسلطة إصدار المقرّرات الإدارية التنفيذيّة في نطاق ما أوكل لها القانون من نفوذ لتحقيق المصلحة العامة.

وتتفرّع هذه الهياكل إلى أربع أصناف أساسية : بقيّة السّلطات الدستورية للدولة، الهيئات العمومية غير الإدارية، هيئات التعديل والمقرّرات التنفيذيّة الصادرة عن أشخاص القانون الخاص.

أ- المقرّرات الإدارية الصادرة عن بقية السّلطات الدستورية للدولة.

يقصد ببقية السّلطات الدستوريّة السّلطة القضائية من جهة والسّلطة التشريعية من جهة أخرى.

1- المقرّرات الإدارية الصادرة عن السّلطة التشريعية

381- **لا تختلف المقرّرات التي يتّخذها البرلمان في نطاق ما له من صلاحيات تتعلّق بالسهر على حسن سير وتنظيم المرفق التشريعي عن المقرّرات الإدارية التنفيذية**، فهذا الصنف من المقرّرات لا يندرج ضمن الوظيفة التشريعية، بل ضمن الوظيفة الإدارية لهذه السلطة، لذا فهو يعتبر من قبيل المقرّرات التي لها تأثير مباشر على المراكز القانونية للمعنيين بالشأن، ومثال ذلك مقرّرات تسمية وتأديب أعوان المرفق.

غير أن صدورها عن السّلطة التشريعية قد أبقاها لمد طويلة خارج النظام العام للمقرّرات الإداريّة، على أن القاضي الإداري قد قبل بدون تردّد مراقبة شرعيّة هذه الطائفة من الأعمال منذ قراراته الأولى[340]، خلافا لنظيره الفرنسي الذي لم يقبل إلى حد هذه الساعة النظر إلا في شرعيّة الأعمال التعاقدية لهذه السلطة[341].

2- المقرّرات الإدارية الصادرة عن السّلطة القضائية

382- **كما لا تختلف المقرّرات التي تصدر عن السّلطة القضائية في نطاق تنظيم المرفق العام للقضاء عن المقرّرات الإدارية التنفيذية**، فهي تمثل طائفة من الأعمال لا تدخل في نطاق الوظيفة القضائية لهذه السّلطة وإنما ضمن وظيفتها الإدارية المتعلّقة بحسن تنظيم المرفق العـام للقضاء[342]؛ تقول المحكمة الإدارية

[340] م.إ.، تس.، 7 جوان 1994، عدد 3412، أحمد النابلي / رئيس مجلس النواب، م.، ص. 93

[341] CE, Ass. 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, GAJA, n° 105

[342] T.C., 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, GAJA, n° 70

فـي هذا الشأن : "حيث أن النزاعات المترتّبة عن القانون الأساسي للقضاة، سواء تعلّق الشأن بتسميتهم أو بترقيتهم أو بتأديبهم إنما تندرج في نطاق تنظيم مرفق القضاء"، لتنتهي بذلك إلى التصريح بإقرار اختصاصها بالنظر في شرعية المقرّر التأديبي الصادر عن هذه السّلطة[343].

غير أن **هذا القضاء الراسخ قد وقع إلغاؤه مؤخرا تحت تأثير المجلس الدستوري**[344] بصدور الفصل 60 جديد من القانون الأساسي للقضاة الذي اقتضى أنه "يقبل القرار التأديبي الطعن أمام لجنة طعون منبثقة عن المجلس الأعلى للقضاء"[345]

ب- المقرّرات الإدارية الصادرة عن الهيئات العمومية غير الإداريّة

383- ولذات الأسباب **تعتبر المقرّرات التي تصدر عن المؤسّسات العمومية غير الإدارية** (المؤسّسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية، أو المالية، أو الاجتماعية، أو الصحّية، أو الثقافية، والدواوين) **مقرّرات إدارية كلّما تعلّقت بتنظيم المرفق العام واتّسمت بالطابع السّلطوي**، وقد سارت المحكمة الإدارية على هذا المنهج منذ قراراتها الأولى[346]، كما يتأكد ذلك من خلال قرار (محافظ البنك المركزي) حيث صرّحت : " أنه من المستقرّ في قضاء هذه المحكمة أن تمتدّ ولايتها استثناء إلى مراقبة المشروعية لتشمل المؤسّسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية إذا كان موضوع المنازعة يتعلّق بقرار ترتيبي يستهدف سير المؤسّسة العامة وتنظيمها، وحيث أنه لكي يتسنّى إخضاع هذه المؤسّسات لرقابة المشروعية لا بد من توفر ركنين أساسيين :

م.إ.، تس.، 26 أفريل 1982، عدد 376، محمد بللونة والحبيب عاشور ومن معهم/ الوزير الأول، م. ص. 62

[343] م.إ.، تس.، 26 نوفمبر 1991، عدد 1500، الطاهر زقروبة / وزير العدل، م. ص. 147

[344] انظر رقم 63 أعلاه

[345] المنقح والمتمم بمقتضى القانون الأساسي عدد 81 المؤرخ في 4 أوت 2005

[346] راجع في هذا الشأن :

M.S Ben Aissa- *L'évolution du critère matériel de compétence dans la jurisprudence du Tribunal administratif*, in " *L'œuvre jurisprudentielle du T.A.*", CERP, 1991, p. et suiv.

– أن تكون المؤسّسة المعنية مؤهّلة لاتخاذ قرارات من جانب واحد.

– أن يكون موضوع هذه القرارات متعلّقا بتنظيم المرفق العمومي وسيره "[347].

ولم تتنحى المَحكمة عن هذا الاتجاه رغم صدور القانون عدد 38 لسنة 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين جهازي القضاء العدلي والإداري الذي تضمن فصله الثاني إسناد النظر فيما ينشأ من نزاعات بين المنشآت العمومية وأعوانها أو حرفائها أو الغير إلى جهاز القضاء العدلي.

384– وكذلك الشأن بالنسبة للهيئات المهنية المحدثة من قبل المشرّع للسهر على مصالح المهن الحرّة التي اعتبرتها المحكمة الإدارية من أشخاص القانون العام على أساس أنها تجمع بين مقوّمات هذه الأشخاص، وهو ما يخوّل لها إصدار مقرّرات إدارية تنفيذية، ومثال ذلك مقرّرات الترسيم أو رفض الترسيم بالجدول[348].

ج– المقرّرات الإدارية الصادرة عن هيئات التعديل

385– لا تدخل هيئات التعديل في أي صنف من أصناف الهياكل الإداريّة المتعارف عليها، فهي تقع خارج التنظيم الإداري التقليدي.

وتقرّ القوانين المحدثة لهذه الهيئات سلطة تقريريّة تخوّل لها اتّخاذ القرارات الترتيبيّة أو الفرديّة اللازمة لتمكينها من القيام بمهامها، وقد تأكد ذلك صراحة بصدور قرار (ستراميكا) عن مجلس تنازع الاختصاص حيث صرّح المجلس بهذه المناسبة : "حيث ولئن كانت لقرارات هيئة السوق الماليّة صبغة القرارات الإداريّة الصادرة عن سلطة إداريّة مكلّفة بإدارة مرفق عام (...) وتتمتع الهيئة بمناسبة مباشرتها لصلاحيتها (...) بامتيازات السلطة العامة..."[349]، وهو ذات الاتجاه الذي

[347] م.إ.، تس.، 17 جويلية 1989، عدد 1404–1405 نقابة أعوان البنك المركزي التونسي، أ. ك.، رقم 21، ص. 347

[348] م.إ.، تس.، 14 جويلية 1983، عدد212، أنور بشر سالف الذكر

[349] غير أن المجلس قد انتهى في هذا القرار إلى التصريح بانعقاد الاختصاص لجهاز القضاء العدلي بناء على أن مرجع النظر الحكمي للمحكمة الإدارية تعقيبيا هو اختصاص مسند لا يجوز التوسّع فيه (م.ت.ا.، 15 جامفي 2004 عدد 103، ستراميكا سالف الذكر)

انتهى إليه المجلس الدستوري عند نظره في دستوريّة الفصل 26 جديد من مجلّة الاتصالات[350].

د– المقرّرات الإدارية الصادرة عن أشخاص القانون الخاص

386– الأصل أن تكون المقرّرات الصادرة عن أشخاص القانون الخاص أعمالا خاصة خاضعة للقانون المدني، غير أنه يحدث أن يقع **تكليف هذه الأشخاص بإدارة مرفق من المرافق العامة وتمكينها بامتيازات السّلطة العامة،** في هذه الحالة استقر العمل فقها وقضاء على اعتبار الأعمال السلطويّة المرتبطة بتنفيذ أعمال المرفق مقرّرات إدارية التنفيذية[351]، فالمقرّرات التي تصدر بهذه الشاكلة عن الجامعات الرياضية – وهي من الذوات المعنويّة الخاصة[352] المكلّفة بتصريف شؤون المرفق العام للرياضة[353] – تعدّ بدون شك مقرّرات إدارية تنفيذية[354]، ومثال ذلك الأعمال المتعلّقة بتنظيم المسابقات الرياضية وتأديب الرياضيين والبتّ

[350] م.د.، الرأي عدد 83 لسنة 2007 سالف الذكر

[351] CE, 31 juillet 1942, *Monpeurt*, GAJA, n° 54

حول هذه المسألة انظر بالخصوص:

Ch. Eisenmann- *L'arrêt Monpeurt: légende et réalité*, Mél. Mestre, p. 221

[352] الفصل الأول من القانون عدد 11 المؤرخ في 6 فيفري 1995 المتعلّق بالهياكل الرياضيّة

[353] لقد فوّض المشرّع لهذه الهيئات السهر على حسن تنظيم المرفق العام للرياضة، وهو ما أكّدته المحكمة الإداريّة في قرار عبد الحميد عمامو قولا إن " المشرّع قد فوّض للقانون الداخلي للجامعة التونسية لكرة القدم مسؤولية تنظيم المسابقات والمباريات وغيرها من أصناف النشاط الرياضي في فن أو عدة فنون من الرياضة" (م.إ.، تس.، 8 جويلية 1987، عدد 914، عبد الحميد عمامو/ اللجنة القومية للتحكيم بوزارة الشباب و الرياضة، م.. ص. 383) وأقرّه المشرّع بمقتضى الفصل 9 من القانون عدد 11 لسنة 1995، حول هذا الموضوع راجع:

W. Ferchichi - *Les structures privées du sport*, in " *Sport, administration et droit* ", Actes du Colloque organisé par la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis et l 'Association tunisienne des sciences administratives les 24-25 avril 2003, doc. ronéoté

[354] انظر مثلا قرار مجلس الدولة الفرنسي:

CE, 16 mars 1984, *Broadie* ,AJ.1984, p.531

انظر كذلك، م.ا.، تس.، اب.، 20 فيفري2001، عدد 17284، أحمد شرف الدين / رئيس الجامعة التونسية لكرة السلّة، غير منشور

في النزاعات التي قد تنشأ بين الجمعيات الرياضية، وهو الاتجاه الذي سار عليه القاضي الإداري الفرنسي[355]:

387- ولم يكن بوسع القاضي الإداري التونسي حسم هذه المسألة في ظلّ التشريع القديم المتعلّق بالنشاط الرياضي، ويعود ذلك إلى الحماية الخاصة التي كان يوفّرها المشرّع إلى الجامعات الرياضيّة، فلم يكن بالإمكان الطعن مباشرة في أعمالها قبل استنفاذ طرق الطعن المقرّرة بالقوانين الرياضيّة الداخليّة التي كانت تفرض اللجوء إلى هيئة المحكمين للرياضة، وهي الهيئة العموميّة التي كانت تنظر نهائيا في الطعون الموجهة ضد أعمال الجامعات في مادة النزاعات الرياضيّة وفقا لأحكام الفصل 58 قديم من القانون عدد 104 المؤرّخ في 3 أوت 1994 المتعلّق بالأنشطة الرياضيّة[356]، أمّا اليوم وقد وقع حذف هذه الهيئة بمقتضى القانون عدد 64 المؤرخ في 27 أفريل 2005 وإزالة العائق الذي كان يحول دون تسليط أضواء الشرعيّة القانونيّة على الأعمال السلطويّة التي تتولاّها الجامعات الرياضيّة في نطاق تصريفها لشؤون المرفق، لم يعد من الممكن ترك هذا الجانب من النشاط الإداري خارج إطار الشرعيّة العامة.

الفرع الثاني : التقسيم المادي

تصنف المقرّرات الإدارية من حيث مداها إلى مقرّرات ترتيبية ومقرّرات غير ترتيبية.

الفقرة الأولى : المقرّرات الترتيبية

388- تتمثّل **المقرّرات الترتيبية في القواعد العامة والمجرّدة التي تصدر عن مختلف السّلطات الإدارية والتي لا يقصد بها مخاطبة شخص أو فئة من الأشخاص محدّدين بذاتهم وإنما سحب مفعولها على الكافة**، ومثال ذلك القرار

[355] CE, Sect., 22 novembre 1974, *Fédération nationale des industries françaises des articles de sport*, Concl. Théry, RDP1975. 1109, note Waline

[356] م.إ.، تس.، اب.، 20 فيفري 2001، عدد 17284، أحمد شرف الدين/الجامعة التونسيّة لكرة السلّة سابق الذكر

البلدي الذي ينشئ اتجاها وحيدا في أحد شوارع المدينة، فالتراتيب هي بمثابة "القوانين المادية" لأن لها خاصيات القانون : العمومية والتجرّد، على أنها تبقى من الناحية الشكلية مختلفة اختلافا جوهريا عن القانون بحكم مصدرها ونظامها القانوني الذي يخوّل مراجعتها بطرق المراجعة الإدارية وإلغاؤها قضائيا إذا ما ثبتت مخالفة للمشروعية القانونية.

وتتفرّع التراتيب إلى ثلاثة أصناف أساسية وهي: التراتيب العامة والتراتيب المتفرّعة والتراتيب الذاتية المتعلّقة بحسن تنظيم المرفق

أ- التراتيب العامة

389- يمكن تعريف **التراتيب العامة** بأنها المقرّرات ذات الصبغة العامة والمجرّدة التي تصدر عن السّلطة المزوّدة بالسّلطة الترتيبية العامة في جميع المجالات، باستثناء المجال المخصّص للقانون والتي تنطبق على كامل التراب الوطني[357].

وتتّخذ هذه التراتيب شكلين مختلفين[358] :

390- شكل **تقليدي يتمثّل في تراتيب تنفيذ القوانين** التي تبدو ضرورية لتجسيم القواعد التشريعيّة العامة على أرض الواقع، ويعود الاختصاص الذي يتمتّع به رئيس الجمهورية في هذا المجال إلى الفصل 53 سالف الذكر الذي نص أنه : "يسهر رئيس الجمهورية على تنفيذ القوانين و يمارس رئيس الجمهورية السّلطة الترتيبية العامة، إلاّ أنه يمكن أن يفوّض فيها إلى الوزير الأول "

391- وشكل جديد يتمثّل في **التراتيب المستقلّة المحدثة بمقتضى الفصل 35 جديد من الدستور** الذي نص أنه : "ترجع إلى السّلطة الترتيبية العامة المواد التي لا تدخل في مجال القانون..."[359].

[357] انظر : R. Chapus- *Droit administratif général*, op. cit., n° 264 Ben Achour-*Le pouvoir réglementaire général et la constitution*, art. précité, p.193 et suiv.

[358] انظر : رقم أعلاه

ونّنبّه إلى أن إحداث هذه الفئة الجديدة من التراتيب بمقتضى التنقيح الدستوري المؤرخ في 27 أكتوبر 1997 لا يعني أن هذه الأعمال قد أصبحت تضاهي القوانين من حيث الدرجة والقيمة القانونية، فالتراتيب المستقلّة تبقى بالأساس مقرّرات إدارية خاضعة للنظام العام للمقرّرات الإداريّة و قابلة للإلغاء إذا ما كانت مخالفة للشرعيّة القانونيّة[360].

ب – التراتيب المتفرّعة

392– تختلف هذه الأعمال عن التراتيب العامة بحكم أنها لا تقوم بذاتها، بصفة مبدئيّة، بل تحتاج دائما إلى نص صريح – تشريعي أو ترتيبي – يؤسّسها، لذا في هي تندرج في نطاق نوع من السلطة يعرف **بالسلطة الترتيبية المتفرّعة**.

ويعود هذا الاختصاص في مقام أول إلى الوزراء الذين " لا يمارسون السّلطة الترتيبية العامة ولا يمكن لهم إصدار التراتيب إلا إذا كانوا مؤهلين لذلك بمقتضى نص تشريعي أو ترتيبي خاص"[361] ، ومثال ذلك الاختصاص المسند إلى وزيري النقل والتجهيز في مجال " إحداث وغلق وتصنيف وتجهيز نقاط تقاطع السكك الحديديّة " بمقتضى الفصل 29 من القانون عدد74 المؤرخ في19 أوت 1998 المتعلّق بالسكك الحديدية، ويمتدّ إلى السّلطات الإدارية الجهوية والمحلّية[362] وإلى المؤسسات العمومية[363]، وإلى الهيئات المهنية[364]، وإلى هيئات التعديل[365]، وحتى إلى بعض أشخاص القانون الخاص المفوّض لهم مهام تنظيم وإدارة المرافق العامة؛ تقول المحكمة الإدارية في هذا الشأن : " حيث يستنتج من هذه النصوص أن المشرّع قد فوّض للقانون الداخلي للجامعة التونسيّة لكرة القدم مسؤوليّة تنظيم

359 راجع : R. Chapus-*Droit administratif général*, op.cit., n°836 et suiv

360 CE, sect.26 juin 1959, *Synd. Général des Ingénieurs conseils*, D.1959, p.541., note J. L'huillier

361 م.إ.تس.، 3 جوان1998 ، عدد14228، أحمد شيخ روحة / وزير التربية سالف الذكر

362 انظر الباب الثاني والثالث من الجزء الأول أعلاه

363 انظر رقم 582 وما يتبع أسفله

364 انظر رقم 580 أسفله

365 انظر رقم 331 وما يتبع أعلاه

المسابقات و المباريات الرياضيّة ... "، وهو ما يصيّر " قرار الوزير الذي أحدث بمقتضاه اللجنة القوميّة للتحكيم وأسند لها صلاحيات اللجنة المركزية المحدثة بمقتضى الفصل 132 من القانون الداخلي صادر عن سلطة غير مختصّة"[366]

ج – التراتيب المتعلّقة بحسن تنظيم المرفق العام

393– إضافة إلى هذا الاختصاص المسند يقرّ القضاء الإداري لفائدة الوزراء "**حق اتّخاذ التدابير اللازمة لضمان حسن سير الإدارة الخاضعة لسلطتهم**"[367] في غياب النص، ولكن بشرط ألا يتجاوز هذا الاختصاص ما يلزم لتنظيم المرفق، وقد اعتمد القاضي الإداري التونسي هذا المنهج مصرّحا في قرار (شيخ روحة) أن الوزراء لا يمتلكون سلطة ترتيبية عامة ولا يمكنهم إصدار تراتيب إلاّ متى كانوا مؤهّلين لذلك بمقتضى نص تشريعي أو ترتيبي عام أو– **في غياب ذلك – متى اقتضت الضرورة اتّخاذ الإجراءات اللازمة لحسن سير المرفق العمومي الراجع لهم بالنظر بصفتهم رؤساء مصالح إدارية** "[368].

الفقرة الثانية : المقرّرات غير الترتيبية

394– تتمثّل **المقرّرات غير الترتيبية في الأعمال الفردية** (المتعلّقة بشخص معيّن بذاته) **أو الجماعية** (المتعلّقة بأشخاص معيّنين بذاتهم) **أو النوعيّة** (المتعلّقة بوضع محدّد).

والفارق بين الأعمال الترتيبية والأعمال غير الترتيبية هو فارق نوعي وليس كمّي، فالمقرّر الذي يحدّد النظام الأساسي لمحافظ البنك المركزي هو مقرّر ترتيبي وليس فردي لأنه يكتسي الصبغة العامة والمجرّدة، إذ هو غير موجّه لشخص معيّن بذاته، والمقرّر الذي يتضمّن التصريح بقائمة الناجحين في مناظرة

366 م.إ.، تس.، 8 جويلية 1987، عدد914، عبد الحميد عمامو/ اللجنة المركزيّة للتحكيم سالف الذكر

367 CE, 7 février 1936, *Jamart*, GAJA, n° 50

368 م.إ.، تس.، 3 جوان1998، عدد14228، أحمد شيخ روحة / وزير التربية سابق الذكر

هو غير ترتيبي، إذ يتعلّق بأشخاص معيّنين بذاتهم، فهو " قرار جماعي يتضمّن عدّة مقرّرات فردية جمعتها صيغة موحّدة للنشر"[369].

وقد حاولت المحكمة الإدارية توضيح معيار التمييز بين هذه الأعمال لما صرّحت في قرار (بللونة وبن عاشور) : " حيث أنه من المسلم به فقها وقضاء أن الفارق بين القرارات الترتيبية والقرارات غير الترتيبية يكمن في ناحيتها الموضوعية أساسا. فالقرارات الترتيبية هي من حيث محتواها بمثابة تشريع يصدر عن السّلطة الإدارية لغاية وضع أحكام عامة تجريدية مستمرّة تكون عادة مصدرا لاتخاذ القرارات الفردية أو الجماعية التي تتميز بالطابع الشخصي وتهدف إلى تنفيذها"[370].

على أن إعمال هذا المعيار يطرح صعوبات جدّية في بعض الحالات، فما هي طبيعة الأمر المتعلّق بتحديد منطقة للتدخل العقاري ؟ وما هي طبيعة قرار حلّ مجلس بلدي ؟ يعتبر فقه القضاء أن هذا الصنف من المقرّرات الّذي يتعلّق بحالة محدّدة بذاتها وليس بأشخاص معينين مقرّرا نوعيّا (*décisions d'espèces*)، يكون خاضعا للنظام القانوني الخاص بالمقرّرات الإداريّة الفردية[371].

المبحث الثالث : حياة المقرّرات الإدارية الانفرادية

395- للمقرّرات الإدارية حياة محدودة، فهي تتولّد إذا توافرت لها شروط النشر والإعلام وتخلّف آثارا مميّزة متى تسنى لها بلوغ الحياة القانونية ثم تندثر وتزول بصور شتّى، لذا سنتولّى على التوالي عرض مراحل حياة المقرّرات الإدارية على النحو التالي: نشأة المقرّرات الإدارية (الفرع الأول)، ونفاذ المقرّرات الإدارية (الفرع الثاني)، وآثار المقرّرات الإداريّة (الفرع الأول)، ونهاية المقرّرات الإدارية (الفرع الرابع)

369 انظر : البشير التكاري- مدخل إلى القانون الإداري، المرجع سابق الذكر، ص. 312

370 م.إ.تس.، محمد بللونة والحبيب عاشور ومن معهم سابق الذكر

371 J. Poirot-Mazères- *les décisions d'espèce*, RDP 1992, p.443

الفرع الأول : نشأة المقرّرات الإدارية

396- ينشأ القرار الإداري- ترتيبيا كان أو غير ترتيبي - بإعلان الإدارة عن إرادتها المنفردة في إدخال تغيير على المراكز القانونية للمعنيين بالشأن، ويجب أن تصدر هذه الإرادة وفقا للشكل وفي المجال الذي حدّده القانون[372].

ونريد أن نركّز هنا على أن القرار الإداري لا ينشأ إلا بمراعاة جميع الصيغ والشكليّات المقرّرة بحسب ما تتولاّه الإدارة من أعمال.

على أنه يجب التمييز بين شكل المقرّر ذاته والإجراءات التي يجب على السّلطة المختصّة مراعاتها قبل إصداره.

الفقرة الأولى : شكل المقرّر الإداري

تتخذ القرارات الإدارية شكلين أساسيين:

أ- المقرّر الصريح

397- تنشأ الأعمال الانفرادية عادة بموجب كتب صريح صادر عن السّلطة الإدارية المختصّة، وهذا الشكل يمثّل القاعدة العامة في نشأة المقرّرات الإدارية، غير أن المقرّر الإداري الصريح لا يتجسّم بالضرورة في الشكل المكتوب، إذ يمكن أن يتّخذ أيضا الشكل المسموع (صفارة البوليس) والمرئي (الإشارات الضوئية)، فالمقرّر الإداري قد يتولّد بمجرّد أن تعبّر السّلطة المختصّة شفويا عن رغبتها في إصداره - وقد أقرّ القاضي الإداري شرعية هذا الشكل إلاّ أنّه اشترط ألا تتضمّن النصوص القانونية ما يوجب إتباع الصيغة الكتابية.

وإذا صدر المقرّر مكتوبا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر والقرارات يكون مقسّما إلى جملة من الفصول، تكون مسبوقة بإطلاعات النصوص التي صدرت على ضوئها، وتأشيرات الهياكل المستشارة عند الاقتضاء، ويجب أن تكون مؤرّخة وممضاة من السلطة المختصّة.

372 C E, 09 janvier 1931, *Abbé Cadel*, Rec, p.11

ب- المقرّر الضمني

398- وهو شكل غريب إذ أن المقرّر على هذا النحو ليس له أثر ملموس، فالمقرّر الإداري ككل عمل قانوني يجب أن يتجسّد في مظهر خارجي بأن تعلن الإدارة عن إرادتها في إحداث تغيير في المراكز القانونية، وما دامت لم تفصح عن تلك الإرادة رغم مطالبتها بذلك من قبل منظوريها، كأن يطالبها شخص بجواز سفره فتتعمّد عدم الردّ عليه بالقبول أو بالرفض[373]، لا يترتّب عن سكوتها أثر ما، ولكن المشرّع- في سبيل حماية الأفراد من عنت الإدارة- يفترض أن الإدارة قد أعلنت ضمنيا عن إرادتها، وذلك تلافيا لما قد يتولّد عن هذا الموقف السلبي من إهدار لحقوق الأفراد.

والأصل أن سكوت الإدارة خلال أجل معيّن يتولّد عنه مقرّرا ضمنيا بالرفض ويعتبر أجل الشهرين من تاريخ بلوغ المطلب للرد أجل القانون العام[374]، غير أن بعض النصوص الخاصة تعتمد آجالا مختلفة.

399- ولكن توجد إلى جانب المقرّرات الضمنية بالرفض مقرّرات ضمنيّة بالقبول، ومثال ذلك ما نص عليه الفصل 5 من قانون الجمعيّات المنقح بمقتضى القانون الأساسي عدد 25 المؤرّخ في 2 أفريل1992 من أنه إذا لم يتّخذ وزير الداخليّة " قرارا في رفض تكوين جمعيّة " خلال مدّة ثلاثة أشهر من تاريخ التصريح تعتبر الجمعيّة مكوّنة قانونا.

الفقرة الثانية : إجراءات اتخاذ المقرّر الإداري

400- لكي ينشأ المقرّر الإداري لا بدّ من مراعاة القواعد المتعلّقة بالإجراءات السابقة لاتّخاذه[375].

---

[373] م.إ.، تس، 11 جويلية 1989، عدد 1742، المنصف المرزوقي/ وزير الداخلية، أ. ق. ت.، عدد 4، 1990-2، ص. 162.

[374] وفقا لمقتضيات الفصل 9، فقرة ثانية من الأمر عدد1259 المؤرّخ في 21 ماي 2007 المنقّح والمتمّم للأمر المؤرّخ في 3 ماي 1993 و الخاص بالعلاقة بين الإدارة والمتعاملين معها

[375] انظر : R.Hostiou- *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral*, LGDJ, 1974

وتجدر الإشارة إلى أنّ المقرّرات الإدارية لا تخضع لنفس الإجراءات، كما أنه لا يوجد تدوين شامل للأحكام المتعلّقة بالإجراءات الإدارية، ولكن غياب التدوين لا يعني غياب القواعد المنظّمة للإجراءات، فهذه المسألة لها ارتباط وثيق بحقوق منظوري الإدارة، وعلى هذا الأساس سعى القاضي الإداري - بوصفه الحامي لحقوق الأفراد- إلى وضع مبادئ عامة في هذا المجال، انطلاقا من النصوص القانونية الأساسية.

أ-الإجراءات الجوهرية والإجراءات غير الجوهرية

401- يميّز الفصل السابع من قانون المحكمة الإدارية بين الإجراءات الجوهرية والإجراءات غير الجوهرية[376] ولكن دون تحديد ما هو جوهري وما هو غير جوهري، ونظرا لأهمّية هذه المسألة وما يترتب عنها من آثار قانونية تتمثّل في إمكانية إلغاء المقرّر الإداري في صورة مخالفته لإجراء جوهري، حاول القاضي الإداري تحديد مدلول هذه العبارة، معتبرا أن الإجراء الجوهري **"هو الإجراء الذي له تأثير مباشر على محتوى القرار وعلى الضمانات الأساسية لمنظوري الإدارة"**، فعدم الإعلام المسبّق بعدد البقاع المتوفّرة في مناظرة لانتداب أساتذة جامعيين من شأنه أن يؤثّر في قرار الترشّح وفي حظوظ النجاح، وهو ما يشكّل إخلالا بإجراء جوهري يرتّب بطلان المقرّر المعيب[377]، وكذلك الشأن بالنسبة لإنهاء مهام العون الوقتي الذي قضى أكثر من ستة أشهر في الخدمة الفعلية، دون إعلامه بذلك في الآجال القانونية، فهذا القرار " فيه مساس بشكلية جوهرية، لتعلّقها بإحدى ضمانات العون الوقتي"[378].

---

[376] C E., 1er juin 1973, *Syndicat national du personnel navigant commercial et autres*, Rec. 388

[377] م.إ.، تس، 23 جويلية 1976، عدد 45، الحبيب العيادي/ وزير التربية القومية، م. ص.83

[378] م.إ.، تس.، 15 نوفمبر 1989، راضية سؤودي، الأحداث القانونية التونسية، عدد 4، II، 1990، ص 134

ب- مسألة تعليل المقرّرات الإدارية

402- يمثّل واجب التعليل طريقة مثلى لإقرار الشفافية الإدارية، بإلزام صاحب القرار بالإفصاح عن الأسباب الواقعية والقانونية التي كانت وراء إصداره[379].

والأصل أن **الإدارة لا تكون ملزمة بأن تذكر أسباب اتخاذ قراراتها**، غير أن هذا المبدأ قد لاقى انتقادات شديدة في البلدان الديمقراطية الغربيّة، وقد أدّى ذلك إلى الحدّ تدريجيا من مفعوله، وقد وصل الأمر بالمشرّع الفرنسي إلى إقرار واجب التعليل بمقتضى قانون 11 جويلية 1979 المتعلق بتعليل القرارات الإدارية.

أمّا في تونس فإنّ مبدأ عدم التعليل قد بقي على حاله رغم صدور الأمر عدد982 المؤرخ في 3 ماي 1993 المتعلّق بتعليل القرارات الإدارية الذي أقرّ في فصله السابع حق الأفراد في مطالبة الإدارة بالإفصاح عن الأسباب الدافعة لاتّخاذ القرار، كلّما كانت النصوص القانونية تفرض على الإدارة التعليل، كما أوجب على هذه الأخيرة بمقتضى فصله العاشر نشر قائمات القرارات التي تكون خاضعة لواجب التعليل.

وقد أكّدت المحكمة الإدارية من جهتها أهمّية هذه القاعدة في مناسبات عديدة وخاصة في المجال التأديبي[380]، ولكن مع تحديد إطارها وذلك بالتأكيد على أن الجهات الإدارية لا تكون ملزمة بالتعليل إلا بالنص الصريح، غير أن **هذا القيد لا يعارض به القاضي الإداري الذي يمكن له – متى رأى ضرورة في ذلك – مطالبة الإدارة بالإفصاح عن أسباب المقرّرات المطعون فيها حتى وإن كان من فئة المقرّرات التي لا تخضع لواجب التعليل.**

[379] انظر : C. Wiener – *La motivation des décisions administratives en droit comparé*, RIDC, 1969, p.779

[380] وقع تأكيد هذه القاعدة في القرار: م. إ.، اب.، تس.، 24 نوفمبر 2000، عدد 17029، محمد الطيب العلوي / رئيس بلدية القصرين، غير منشور

ج- الإجراءات الاستشارية

403- توجب القوانين بالنسبة لبعض المقرّرات الإدارية الاستشارة المسبّقة للهياكل أو للجان المحدثة للغرض.

وقد تطوّرت هذه الظاهرة تطوّرا سريعا في مجال العمل الإداري لما توفّره من إطار للحوار والتشاور، ومن الأمثلة على ذلك استشارة المجالس البلدية قبل إحداث دوائر بلديّة جديدة، أو استشارة اللجان المتناصفة في الوظيفة العمومية قبل اتّخاذ القرارات المتعلّقة بالمسار الوظيفي لأعوان الإدارة.

وعموما توجد طرق ثلاث للاستشارة وهي الرأي الاختياري والرأي الإجباري والرأي المطابق وهي الطرق المشار إليها أعلاه[381].

د- إجراءات المواجهة ومبدأ حقوق الدفاع

404- يعد مبدأ **حقوق الدفاع مبدأ من المبادئ العامة للقانون**، يكون قائما حتى بدون نص[382]، أخذت به المحكمة الإداريّة منذ قراراتها الأولى، وطبّقته خاصة في المجال التأديبي، إذ صرّحت في قرار الزايدي أن: " احترام حقوق الدفاع مبدأ قانوني عام يتعيّن على الإدارة أخذه بعين الاعتبار والعمل به وتمكين كل عون يكون موضوع تتبعات تأديبيات من الدفاع عن نفسه الردّ على التهم المنسوبة إليه حتى ولو لم يتضمن القانون الأساسي أحكاما تقتضي ذلك" [383].

ويهدف مبدأ حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة المتفرّع عنه إلى تمكين منظور الإدارة في صورة استهدافه لمقرّر إداري من شأنه المساس بحقوقه الأساسيّة من إعداد وسائل دفاعه والردّ عن مآخذ الإدارة، ولا يطبّق هذا المبدأ في مجال التأديب فحسب بل يتجاوز ذلك ليشمل جوانب أخرى من مجال العمل الإداري.

405- ويلحق بهذا النوع من إجراءات **الإنذار المسبّق** الذي قد تفرضه بعض النصوص مراعاة لحقوق أصحاب الشأن، كما هو الحال عند حلول سلطة

[381] حول هذه الإجراءات انظر رقم 308 أعلاه

[382] انظر CE, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier Gravier*, GAJA n° 56

[383] م.إ.، تس.، 28 اكتوبر 1985، عدد 982، أحمد الزايدي / وزير الدفاع الوطني، أ.ك. رقم 19، ص. 311

الإشراف محل السلطة المختصة والقيام عوضا عنها بالعمل الذي أوجبه القانون، فالحلول هنا لا يكون مشروعا إلا باحترام إجراء الإنذار المسبق الذي يفرض تذكير السلطة المختصة بواجباتها ومنحها أجلا محدّدا قبل اللجوء إلى الحلول[384]، أو في حالة إسقاط الحق في العقارات الدولية ذات الصبغة الفلاحية المفوّت فيها للغير، فقرار الإسقاط الذي يخالف إجراء الإنذار المسبّق يكون باطلا وقابلا للإلغاء؛ تقول المحكمة الإدارية في هذا الشأن : " وحيث أن عمل هذه المحكمة قد ذهب إلى اعتبار الإنذار الذي توجهه الإدارة إلى المتعاقد معها إجراء جوهريّا يقيّدها، فإذا تغاضت عنه وتعجّلت في إصدار قرار الإسقاط (...) فإنها تكون قد أخلّت بشرط صريح كفله النص القانوني لفائدة مشتري العقار"[385].

الفرع الثاني : نفاذ المقرّرات الإدارية

406 – ينشأ المقرّر الإداري من تاريخ صدوره ويسري في حق الإدارة منذ ذلك الوقت، ولكنه لا يكون نافذا إزاء الأفراد إلا إذا علموا به بإحدى الوسائل المشروعة.

وتختلف طرق النفاذ باختلاف المقرّرات الإدارية: ترتيبية أو غير ترتيبية.

الفقرة الأولى : نفاذ المقرّرات الإدارية الترتيبية

تكون المقرّرات الترتيبية نافذة مبدئيا من تاريخ نشرها، غير أن بعض النصوص تتضمّن النفاذ المؤجّل للتراتيب.

أ– طرق نشر التراتيب

407– على غرار القوانين فإن التراتيب لا تعارض بها السّلطات العمومية ومنظوري الإدارة إلا من تاريخ نشرها.

[384] انظر رقم 149 و252 أعلاه

[385] انظر مثلا بالنسبة لقرار عدم ترسيم العارض بقائمة الخبراء العدليين المخالف لإجراءات المواجهة ، م.إ.، اب.، تس.، 7 جويلية 2000، عدد 16136، نور الدين بن جميع / وزير العدل، غير منشور

والمقصود بالنشر هنا هو **النشر الكامل** " الذي يكشف عن فحوى المقرّر بحيث يكون في وسع المخاطب به أن يعلم به تماما، فإذا كان النشر خاليا أو قاصرا في بيان ما يتسنّى معه للمدعي العلم بتفاصيل المقرّر وشموله لأغراضه، وتقدير وجه اتصاله به، ومساسه بمصلحته، فلا يكون النشر والحالة هذه مجديا في حساب إجراءات التقاضي ..."، كما صرّحت به المحكمة الإدارية[386].

وتجدر الإشارة إلى أن النشر بالرائد الرسمي لا يكون فرضا إلاّ بالنصّ، وهي الحالة التي أشار إليها الفصل الأول من القانون عدد64 المؤرخ في 5 جويلية 1993 بالنسبة للمراسيم والأوامر والقرارات، فقد تضمن القانون المذكور أن هذه الأعمال لا تكون نافذة إلاّ بعد خمسة أيام من تاريخ إيداع الرائد الرسمي بمقرّ ولاية تونس، ويطرح الإشكال هنا حول معرفة تاريخ بدء ميعاد الطعن بتجاوز السلطة في مثل هذه الأعمال: هل هو تاريخ صدور القرار أم تاريخ نشره بالرائد الرسمي ؟ اعتمدت المحكمة الإدارية في قضائها الحل الأول، فاعتبرت أن تقديم المطلب المسبق بشأن الأمر الترتيبي المطعون فيه الصادر بالرائد الرسمي يوم 11 ماي 2004 في يوم 15 جويلية 2004 يجعل الدعوى حرية بالرفض شكلا لمخالفتها أحكام الفصل 37 من قانون المحكمة الإداريّة[387]

ويمكن أن نلاحظ من جهة أخرى أن بعض الوزارات – ومنها على وجه الخصوص وزارة المالية– لها نشريّاتها الرسمية، تنشر فيها قراراتها الوزارية، وبعض المناشير والمذكّرات العامة، كالنشريّة الرسمية للأداءات والنشريّة الرسمية للجمارك.

وأمّا التراتيب المحلّية فإنها لا تنشر بالرائد الرسمي أو بجرائد رسميّة محلّية، وإنّما يقع الإعلام بها عن طريق التعليق بمقرّ الولايات والبلديات، أو بواسطة البلاغات الرسميّة التي تنشر بالصحف أو تذاع عبر وسائل الإعلام المسموعة والمرئيّة.

[386] م.إ.تس.، 24 أفريل 1987، الصويعي، غير منشور

[387] م.إ.، تس.، است.، 15 جويلية 2005، عدد 13561، محمود بوراوي ومن معه / الوزير الأول، غير منشور

ب–النفاذ المؤجل للتراتيب

408– الأصل بالنسبة للمقرّرات الترتيبية هو أنه **يجوز للإدارة إرجاء نفاذها إلى تاريخ لاحق تحدّده، لأن ذلك لا يتضمّن أي اعتداء على سلطة الخلف،** لما لهذا الأخير من قدرة على تعديل هذه الأعمال متى شاء له ذاك، ويحصل ذلك كلّما اعتبرت الإدارة أنه من المفيد أن يكون النفاذ لاحقا لتاريخ النشر[388]، أمّا بالنسبة للمقرّرات الفردية، فإن القاعدة ليست مطلقة، ذلك أن تأخير النفاذ من شأنه أن ينال من اختصاص السّلطة القائمة في وقت دخول المقرّر حيّز التنفيذ.

وجدير بالملاحظة من جهة أخرى أنه لا يمكن سحب آثار المقرّرات الإدارية على الماضي، عملا **بمبدأ عدم رجعيّة القرارات الإدارية** الذي يعدّ مبدأ من المبادئ العامة للقانون[389]، وهذه القاعدة التي تبنّتها المحكمة الإداريّة[390] والتي تهدف إلى ضمان استقرار الأوضاع القانونية تسري على كافة المقرّرات الإدارية – الترتيبية وغير التتيبية – وبالتالي فإن نفاذ المقرّرات الإدارية لا يكون بأثر رجعيّ إلاّ بصفة استثنائية، عندما يجيزه القانون.

ونضيف أن عدم الرجعيّة لا يعني عدم التطبيق الفوري للتراتيب على الأوضاع الجارية في تاريخ نفاذها، فمطلب التقسيم الذي يقدّم للبلدية من مالك العقار يستوجب من المصالح الفنية اتخاذ إجراءات معيّنة والقيام بأبحاث قد تستغرق بضع الوقت، وفي الأثناء قد تطرأ تغييرات على التراتيب التي كانت سارية في تاريخ إيداع المطلب، في هذه الحالة لا يعتدّ بالتراتيب السابقة للنظر في المطلب، وإنما بالتراتيب الجديدة التي تكون نافذة عند النظر في المطلب[391].

---

[388] انظر الأمر عدد 2723 المؤرّخ في 31 أكتوبر 2007 المتعلق بإحداث غرفة جهويّة لـدائرة المحاسبات بجندوبة الذي اقاضى فصله الثاني أنه يبدأ العمل بأحكام هذا الأمر ابتداء من 1 جانفي 2008

[389] *CE, 25 juin 1948, Société du journal l'Aurore,* GAJA, n° 62

[390] م.إ.تس، 15 فيفري 1982، عدد693، الهاشمي جغـام / وزيـر الاقتـصاد الـوطني، م.، ص.187

[391] م.إ.، اب.، تس.، 28 أكتوبر 2000، عدد22932، غير منشور

الفقرة الثانية : نفاذ المقرّرات غير الترتيبية

409– الأصل بالنسبة **للمقرّرات غير الترتيبية هو أن نفاذها لا يبدأ إلا من تاريخ إعلام المخاطبين بأحكامها بطريقة كافية.**

وهذه القاعدة لها أهميّة قصوى في القانون الإداري، لما لها من أثر على استقرار الأوضاع القانونيّة، باعتبار أنها تمثّل نقطة البداية لاحتساب آجال الطعن المحدّدة عادة بستين يوما من تاريخ الإعلام.

ويتم تبليغ المقرّر الفردي عن طريق الرسائل المضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ، أو عن طريق التسلسل الإداري بالنسبة لأعوان الإدارة، حيث يقع تبليغ المقرّر إلى المعني بالشأن مباشرة، بواسطة مكتب الضبط التابع للمصلحة التي ينتمي إليها العون، مقابل إمضائه على وصل تسليم في ذلك، كما يتّم الإعلام بالنسبة للمقرّرات الجماعية (المناظرات، أوامر الانتزاع، الخ...) عن طريق التعليق أو النشر بالرائد الرسمي.

وجدير بالملاحظة أن آثار بعض المقرّرات الفردية تتجاوز المعنيين بها مباشرة لتشمل الغير، ومثال ذلك رخص البناء أو التقسيم التي ينتفع بها طالبوها، مع مساسها بحقوق الغير، لذا يفرض القانون اعتماد طريقة إعلام أوسع من تلك المعتمدة بالنسبة لبقية المقرّرات الفردية، كتلك التي تقتضيه تبليغ رخصة البناء للمعني بالشأن وتعليقها بحظيرة البناء حتى يمتدّ نفاذها إلى الكافة[392].

ولا يمكن أن يكون للمقرّرات الفردية أثر رجعي، فهذه القاعدة لها صبغة مطلقة، لا نجد لها استثناء إلاّ في طريقة التصحيح التشريعي التي يلجأ إليها المشرع في بعض الأحيان لتسوية الأوضاع القانونية التي أصبحت مهدّدة بصدور حكم في الإلغاء عن القاضي الإداري.

---

[392] كما يقتضيه ذلك الفصل 72 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير الذي ينص : " يتولى، وجوبا، كل متحصل على رخصة بناء تعليق لوحة بمدخل الحضيرة يضع عليها، بعنوان بارز، عدد الرخصة وتاريخ تسليمها مع التنصيص على الجماعة المحليّة التي سلمتها.

ونضيف بخصوص طرق الإعلام أن القانون الإداري يعتمد استثناء طريقة العلم اليقيني التي تؤدي إلى معارضة صاحب الشأن بفحوى القرار متى تأكدت القناعة لدى القاضي المختص بحصول العلم للمعني للمخاطب بأحكامه علما ثابتا، حقيقيا و ليس افتراضيا[393].

الفرع الثالث : آثار المقرّرات الإدارية

تتجلّى الصبغة السّلطوية للمقرّرات الإدارية خاصة في مستوى آثارها القانونية.

وتتمثّل امتيازات السّلطة العامة التي تتعلق بالمقرّر الإداري في نتيجتين أساسيتين : امتياز أسبقية التنفيذ من جهة، وامتياز التنفيذ المباشر أو التنفيذ الجبري من جهة أخرى.

الفقرة الأولى : امتياز أسبقية التنفيذ

410- من المعلوم أن المقرّر التنفيذي يتمتّع منذ صدوره وقبل إخضاعه لأية رقابة قضائية **بقرينة السلامة** التي تخوّل له تغيير المراكز القانونية لأصحاب الشأن من جانب واحد، على هذا الأساس يكون منظور الإدارة متمتّعا بالحق أو خاضعا للالتزام : فيكون بذلك دائنا أو مدينا، ملزما بتنفيذ الالتزام، أو غير ملزم بذلك، متمتّعا بالحق أو محروما منه.

غير أن قرينة الشرعيّة المتّصلة بالمقرّرات الإدارية ليست مطلقة، إذ يجوز لمن له مصلحة في ذلك إثبات عدم شرعيّة هذه الأعمال أمام القاضي الإداري، إمّا لغاية إلغائها عن طريق دعوى تجاوز السّلطة، وإمّا لاستبعاد تطبيقها على موضوع النزاع بواسطة الدفع بعدم الشرعيّة.

[393] انظر : م.إ.، تس.، 14 جويلية 1984، عدد 861، حسن الجباري ومن معه / وزير الفلاحة، م.، ص.464.

411- ونشير إلى أن الطعن في المقرّرات الإدارية لا يعطّل تنفيذها وهو المبدأ الذي كرّسه المشرّع صلب الفصل 39 من قانون المحكمة الإدارية، ولا يوجد استثناء لهذا المبدأ إلا في طلب توقيف تنفيذها أمام الرئيس الأول للمحكمة المذكورة، و لكن بشرط إثبات أن التنفيذ من شأنه أن يتسبّب للعارض في نتائج يصعب تداركها وأن المطلب يستند إلى أسباب جدّية في ظاهرها[394].

ويعبّر عن هذا الأثر **بامتياز أسبقـية التنفيذ** (*Le privilège du préalable*) لما يتعلّق بالمقرّر الإداري من قوّة الإلزامية منذ صدوره، وهو ما أدّى بالعميد (*Hauriou*) للتعبير عن ذلك باستعمال عبارة "**حجية الشيء المقرّر**" بالقياس مع عبارة "حجية الشيء المقضي به" المتعلّقة بالأحكام القضائية.

الفقرة الثانية : امتياز التنفيذ الجبري

412- إن رفض الأفراد تنفيذ الالتزامات المحمولة عليهم بمقتضى الأعمال الإدارية الصادرة ممن له النظر يبرّر اللّجوء إلى **التنفيذ الجبري**، باعتبار أن الإدارة - خلافا للأفراد - لا تكون في حاجة إلى استصدار سند تنفيذي نظرا لأن أعمالها تتمتّع منذ صدورها بقرينة السلامة.

ولا تكون الإدارة في أغلب الأحيان في حاجة إلى اللجوء إلى هذا الحلّ، ضرورة أن القانون يوفّر لها عادة وسائل ردعية - جزائية أو إدارية - تكفل لها التنفيذ.

413- فوضع عقوبات جزائية يمثّل في حدّ ذاته وسيلة ناجعة لحمل المنظورين على الامتثال لمقتضيات المقرّرات الإدارية، ذلك أن الجزاء الذي يتعلّق

[394] حول مسألة توقيف تنفيذ القرارات الإدارية انظر :
م.إ.، ت.ت.، 21 أفريل 1979، عدد 861، النادي الإفريقي / الجامعة التونسية لكرة القدم، أ.ك.، رقم 7 ، ص.105.
M.R. Jenayah- *Le sursis à l'exécution des décisions administratives en Tunisie*, RTD, 1977, p.59 et suiv.
راجع أيضا : مصطفى باهية- توقيف تنفيذ المقرّرات الإدارية، ملتقى إصلاح القـضاء الإداري، المرجع السابق، ص. 211 وما يتبع

بالتصدّي إلى التنفيذ قد يؤدّي إلى قيام مسؤوليتهم أمام القاضي الجزائي وإلى تسليط العقاب المناسب عليهم، وهي الحالة التي أشار إليها الفصل 315 فقرة أولى من المجلة الجنائية الذي تضمّن أن: " يعاقب بالسجن مدة خمسة عشر يوما وبخطية الأشخاص الذين لا يمتثلون لما أمرت به القوانين والقرارات الصادرة ممن له النظر".

414- وفي غياب مثل هذا الجزاء كثيرا ما تقرّ القوانين الخاصة لفائدة الإدارة حق توقيع بعض العقوبات الإدارية دون حاجة إلى طرق باب القضاء (التوقيف المؤقت عن النشاط، سحب الترخيص، خطايا مالية، الخ)، وهذه الظاهرة التي تعرف بالزجر الإداري قد شهدت تطوّرا ملحوظا في التشريع التونسي واكتسحت مجالات جديدة من مجال العمل الإداري، كالمنافسة والأسعار والبيئة والتهيئة الترابية والتعمير، الخ، ونظرا لما تمثله من خطورة على حقوق الأفراد جرى العمل فقها وقضاء على إحاطتها بجملة من الضمانات بغية صيانة الحقوق والحدّ من تعسّف الإدارة على حساب حقوق الأفراد، فلا يمكن أن تكون العقوبات الإدارية سالبة للحريّة[395]، كما يجب أن تكون متناسبة مع الأفعال المنسوبة إلى المخالف، وعلى الإدارة مراعاة الأحكام القانونية والمبادئ العامة للقانون عند اتخاذها، ومنها على وجه الخصوص مبادئ الحياد والمواجهة والتعليل[396]، وأخيرا تكون الإدارة مسؤولة عن الأضرار التي تتسبّب فيها للغير إذا ما ثبتت عدم شرعيّتها[397].

415- ولكن، يحدث أن يكون هذا الجزاء غير كاف لحمل المنظورين على الامتثال لمقتضيات المقرّر التنفيذي، كما يحدث أن يسهى المشرّع عن تقرير جزاء معيّن عند تصدّي الأفراد لتنفيذ المقرّر الإداري.

---

[395] CE, 4 mars 1960, *Levy*, RDP 1960, p.1030, note Waline

[396] CE, 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, précité

[397] انظر : J.L. De Corail- *Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression*, Mél. Chapus, p.1992

في جميع هذه الحالات يكون من حقّ الإدارة اللّجوء إلى السبيل الإداري وذلك باستخدام القوّة العامة لضمان التنفيذ[398]، فإذا كان الالتزام بالتنفيذ لا يستوجب التدخّل الشخصي من قبل المنظور، بحيث يمكن للإدارة أن تقوم مقام هذا الأخير بما يجب للتنفيذ، فإنها تحلّ محلّه مباشرة وتتولّى ما يسمّي **بالتنفيذ المباشر** (*l'action d'office*)، ومثال ذلك قيام أعوان الإدارة برفع وسيلة نقل متوقّفة في مكان يحجّر فيه التوقّف، أما إذا كان الالتزام بالتنفيذ يقتضي القيام بعمل لا يمكن إتيانه إلا من قبل المعني بالشأن، ومثال ذلك قرار تسخير عقار يستوجب إخلاء المحل من قبل شاغله، فإنّ الإدارة تكون محقّة في استخدام وسائل **التنفيذ الجبري** (*L'exécution forcée*).

على أن القانون الإداري لا يميّز بين الحالتين، بل يخضعهما لنظام قانوني واحد، وهو النظام الذي أبرزه مندوب الحكومة (*Romieu*) في ملحوظاته حول قرار (*Société immobilière de Saint-Just*)[399]، وطبقا لهذا النظام يمكن للإدارة اللجوء إلى الطريق الإداري في التنفيذ في الحالات التالية:

- إذا كان القانون يجيز اللّجوء إلى هذه الطريقة كما هو الحال في صورة عدم الامتثال المخالف لقرار وقف الأشغال المقرّر بمقتضى الفصل 84 من المجلة العمرانية
- إذا لم يحدّد القانون عقابا معيّنا ضد المخالف
- أخيرا في حالة التأكد أو الضرورة القصوى

ولما كان التنفيذ الجبري طريق استثنائي فإن اللّجوء إليه لا يكون مشروعا إلا طبقا لشروط مشدّدة وهي التالية:

---

[398] راجع : TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, GAJA, n°11

[399] فدوى المصمودي- التنفيذ الجبري- مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون العام، كلية الحقوق بسوسة، 2003

– أن يمتنع الأفراد عن التنفيذ بإبداء مقاومة واضحة لإرادة الإدارة، وهذا الشرط يقتضي من جهة الإدارة إثبات أعمال المقاومة والتصدي، ويكون ذلك عادة باحترام إجراء الإنذار المسبّق قبل اللجوء إلى وسائل القوّة المادية

– ألا تتعسّف الإدارة في إجراءات التنفيذ وأن تراعي عند اللجوء لهذا السبيل التبصّر والتروي، بحيث لا يجوز لها استعمال القوّة إلا بقدر ما يفي بالحاجة للحصول على التنفيذ، فالقاعدة هنا هو أن الضرورة تقدّر بقدرها.

وأيّا كانت خطورة هذه الإجراءات على حقوق الأفراد، فإنها تبدو ضرورية لحمل الجميع على احترام القانون وتمكين الإدارة من تحقيق المصلحة العامة.

الفرع الرابع : نهاية المقرّر الإداري التنفيذي

416– توجد طرق عديدة لإنهاء مفعول المقرّرات الإدارية يمكن ردّها إلى طريقتين أساسيتين: طرق قضائية من جهة وطرق إدارية من جهة أخرى، و سنهتمّ هنا أساسا بالطرق الإدارية نظرا لأن طرق التقاضي تتجاوز إطار هذا الدرس.

ويلاحظ بالنسبة للإلغاء الإداري أن المقرّر قد يحمل في بعض الأحيان مدّة سريانه أو تاريخ انتهائه، ومثال ذلك رخصة البناء التي تتضمّن مدّة نفاذها، كما يمكن أن ينتهي بتحقّق شرط فاسخ كان معلّقا عليه، أو باستحالة تنفيذه أو باستيفاء الغرض الذي صدر من أجله.

على أن المبدأ في مادة المقرّرات الإدارية هو أنها تبقى نافذة ما لم يتمّ نسخها أو سحبها من طرف السّلطة الإدارية، وهما الوسيلتان التي يجب التمييز بينهما في الفقرات التالية[400].

---

[400] انظر :

M. Waline- *le retrait des actes administratifs*, Mél. Mestre, p.563
J. M. Auby- *l'abrogation des actes administratifs*, A.J.1968, p.342;
Yannakoupolos- *la notion de droits acquis en droit administratif*, LGDJ, 1997

الفقــرة الأولى : النسخ

417– المقصود بالنسخ هو **إزالة آثار الأعمال الإدارية بالنسبة للمستقبل ابتداء من تاريخ إلغائها**، ويتمّ ذلك من جانب السّلطة الإدارية التي أصدرت القرار، ويمكن أن يكون النسخ صريحا أو ضمنيا، كليّا أو جزئيا، وقد يكون منصبّا على فرع من القرار الإداري فحسب، فالنسخ الصريح هو الذي يحدّد فيه النصّ الناسخ بكلّ دقّة الأحكام المنسوخة، أما النسخ الضمني فهو الذي ينتج عن اختلاف الأحكام الجديدة مع الأحكام القديمة، ونظرا لتشتّت النصوص وتشعّبها يكون من الصعب جدا تقدير مدى اختلاف هذه الأحكام كلّما اقتضت الضرورة البحث عن النصوص النافذة، وهذه الصعوبة في التقدير نجدها أيضا في صورة النسخ الجزئي حين تكتفي النصوص بالتصريح بأنه " تنسخ جميع الأحكام السابقة المخالفة للأحكام الجديدة"، إذ يجب في هذه الحالة البحث عن الأحكام المخالفة لتحديد الأحكام التي بقيت سارية المفعول.

وتمثّل طريقة النسخ القاعدة العامة في إلغاء القرارات الإدارية، وتختلف سلطة الإدارة في تقرير النسخ باختلاف طبيعة القرار الإداري: ترتيبي أو غير ترتيبي.

أ– شروط النسخ بالنسبة للمقرّرات الترتيبية

418– **يمكن أن يتمّ النسخ في أي وقت**، إذ ليس لأحد الاعتراض على تغيير التراتيب أيا كانت الحقوق التي تولّدت عنها، ويذهب القاضي الإداري أكثر من ذلك، فيعتبر أن **الإدارة تكون ملزمة بتقرير النسخ بالنسبة للأعمال المعيبة أيا كانت الظروف التي أدّت إلى عدم الشرعية**، سواء كانت قائمة منذ صدورها أو صارت لاحقة لها بسبب تغيّر الظروف التي ساهمت في اتخاذها[401]، وتكون

---

[401] CE, 12 mai 1976, *Leboucher*, AJ, 1977, p.261

الإدارة في هذه الحالة ملزمة بذلك **حتى في غياب مطلب صريح من منظوري الإدارة**[402].

ولا يتّم النسخ إلا من طرف السّلطة المختصّة وطبقا للإجراءات المقرّرة للغرض، فالأمر يّجب نسخه بأمر والقرار بقرار والمداولة بمداولة، ويعرف هذا المبدأ بمبدأ توازي الإجراءات.

ب- شروط النسخ بالنسبة للقرارات غير الترتيبية

419- يتعلّق هذا الموضوع بمسألة استقرار الأوضاع القانونية، فلا يعقل أن يقع المسّ بالحقوق المكتسبة التي تولّدت عن المقرّرات غير الترتيبية، فردية كانت أو جماعية أو نوعيّة.

لذا وباستثناء الأعمال الحاصلة عن طريق الغشّ التي يمكن نسخها في أي وقت حتّى وإن أكسبت حقوقا للأفراد، فإنّ القاعدة العامة المتّفق عليها هي **عدم جواز نسخ المقرّرات غير الترتيبية السليمة التي تولّدت عنها حقوقا مكتسبة،** احتراما لمبدأ عدم رجعيّة القرارات الإدارية، أمّا فيما يتعلّق ببقية المقرّرات غير الترتيبية فإنه يجب التمييز بين:

– القرار غير الترتيبي الذي لم يولّد حقوقا مكتسبة للأفراد والذي يمكن نسخة في أي وقت وبدون قيد أو شرط.

– القرار غير الترتيبي الذي أكسب حقوقا للأفراد والذي لا يمكن نسخه إلا في مواعيد الطعن بالإلغاء أمام القضاء، فإذا انقضى هذا الأجل تحصّن القرار ضد كل طعن مباشر.

الفقرة الثانية: السحب

420- يمثّل **السحب طريقة تخوّل للإدارة مراجعة أعمالها القانونية بمفعول رجعي،** فالسحب هو إذن " بمثابة الاعتراف بحق الإدارة في ارتكاب الأخطاء"[403]

402 CE, 03 février 1989, *Compagnie Alitalia*, GAJA , n° 94

يجد أساسه في ضرورة إرجاع الشرعية المهدّدة بالأخطاء المرتكبة من طرف الإدارة، ويلاحظ بخصوص النظام القانوني لإنهاء مفعول القرارات الإدارية بأثر رجعي أن **التفرقة الأساسية توجد بين القرارات التي أكسبت حقوقا للأفراد والمقرّرات غير المنشئة لحقوق.**

أ- سحب المقرّرات غير المنشئة للحقوق

421- **يحق للإدارة سحب قراراتها التي لم تنشئ بعد حقوقا لفائدة الغير في أي وقت ومهما كان السبب،** وتعتبر من المقرّرات غير المنشئة للحقوق تلك التي تصدر عن السّلطة الدنيا والتي يجوز سحبها من طرف السّلطة العليا بواسطة أساليب السّلطة الرئاسية[404]، والقرارات الكاشفة التي تقتصر على ترتيب النتائج القانونية للقرارات السابقة لها (القرارات التي لها مجرّد مفعول مالي مثلا)[405]، والقرارات المشروطة (قرارات التعيين والترقية مثلا)، والقرارات الوقتية وتطبيقا لنفس القاعدة يجوز للإدارة أيضا أن تتولى السحب بطلب من المنتفعين بأعمالها، بشرط ألا يؤثّر ذلك في حقوق الغير[406].

ب- سحب المقرّرات المنشئة للحقوق

422- يجب التمييز هنا بين المقرّرات السليمة والمقرّرات المعيبة.

فلئن كانت الإدارة غير محقّة في سحب أعمالها السليمة التي تولّدت عنها حقوقا مكتسبة فإن هذه القاعدة لا تسري على المقرّرات المعيبة التي **تكون الإدارة محقة في سحبها أعمالها،** ولكن طبقا لشروط مشدّدة أقرّها فقه القضاء مراعاة لحق الإدارة في تدارك أخطائها من جهة وحق الأفراد في استقرار أوضاعهم القانونية من جهة أخرى، **فلا يمكن سحب هذه الطائفة من الأعمال إلا داخل آجال**

403 J. Moran-Deviller- *Droit administratif,* op.cit., p. 254

404 CE, 29 mars 1968, *Manufacture de pneumatiques Michelin*, AJ,1968, p.342

405 CE, 15 octobre 1976, *Buissière*, AJ,1976, p.568

406 CE, 9 avril 1999, *Sannier*, RFDA,1999, p.683

الطعن لأن استقرار الأوضاع القانونية في هذه الحالة يكون أهمّ من العيوب المتّصلة بالقرار الإداري، ويعود الفضل في وضع هذا المبدأ إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي صاغه في قرار (*Dame Cachet*)[407]، وقد سارت عليه المحكمة الإدارية في قرار (المنصف شبيل) حيث صرّحت : "وحيث استقرّ فقها وقضاء على أن القرارات الإدارية التي تولّدت عنها حقوق مكتسبة والتي يشوبها عيب بصورة تعرضها إلى الإبطال من قبل المحاكم، يمكن سحبها تلقائيا من السّلطة الإدارية المختصة شريطة أن يتمّ ذلك في ميعاد الطعن فيها"[408].

423- ونضيف أن **آجال السحب تبقى مفتوحة في صورة عدم إعلام المعنيين بالشأن بالمقرّرات غير الترتيبيّة**[409]، فإذا تمسك صاحب الرخصة بعدم شرعيّة قرار السحب الصادر ضدّه من السّلطة المختصّة بناء على خرقه لحقوقه المكتسبة الناشئة بمجرّد انقضاء آجال الطعن، فإن ذلك لا يكون له تأثير على حقوق الغير طالما أن آجال الطعن لا تزال مفتوحة بالنسبة إليهم، وهو المنحى الذي سارت عليه المحكمة الإداريّة في قرار (سمبار) لما اعتبرت أن : " قرار السّحب تمّ اتّخاذه خلال سريان آجال الطعن التي ولئن انقضت بمرور شهرين من تاريخ علم المنتفع المباشر بالترخيص المسحوب (...) فإنها لم تنقض في حقّ الغير إذ ثبت أن نقابة المالكين بادرت إلى التظلّم من ذلك الترخيص حال علمها بصدوره (...) ولم يبق بعد ذلك مجال للحديث عن حقوق تدّعي العارضة اكتسابها إثر انقضاء آجال الطعن(...)"[410]

على أن هذا الحلّ يؤدّي إلى عدم استقرار حقوق الناس التي تكون بذلك قابلة للمراجعة في أي وقت كلّما كانت **إجراءات الإشهار المتّخذة من قبل الإدارة لإعلام**

[407] CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, RDP 1922. 552, Concl. Rivet

[408] م.إ.تس.، 14 ماي 1980، عدد374، المنصف شبيل / وزير التربية القومية، أ. ك.، رقم 9، ص. 141.

[409] م.إ.تس.، 8 فيفري 1995، عدد 2680، جوزيفين " فاطمة " سلفيا / وزير الفلاحة، م. ق. 1996، ص. 419.

[410] م.إ.تس.، 25 ماي 1993، عدد 2419، شركة سمبار / بلديّة أريانة، م. ص.522.

أصحاب الشأن غير كافية، ويثور الإشكال أساسا بالنسبة إلى فئتين من الأعمال الإداريّة :

424- **الأعمال التي تستوجب الإشهار بطرق مختلفة**، كقرارات التقسيم والترخيص في البناء، فهذه الأعمال لها مساس بحقوق أطراف عديدة، لذا يجب الإعلام بها بالنسبة للمنتفعين وتعليقها بالنسبة للغير ممّن لهم مصلحة في الطعن فيها

425- **الأعمال الضمنيّة بالقبول** التي لا تكون خاضعة بطبيعتها لإجراء الإعلام والتي تتولّد بملازمة الإدارة الصمت خلال مدّة معيّنة، وهو ما يخوّل لأصحاب الشأن " خرق جدار الصمت " بمجرّد انقضاء الأجل القانوني دون أن تتولّى السّلطة المختصّة الردّ على مطالبهم، ومثال ذلك في مجال تكوين الجمعيات أين يقتضي الفصل 5 جديد من قانون الجمعيّات أنه إذا لم يتّخذ وزير الداخليّة " قرارا في رفض تكوين جمعيّة " خلال مدّة ثلاثة أشهر من تاريخ التصريح تعتبر الجمعيّة مكوّنة، فبالنسبة لهذه الفئة من الأعمال من الواضح أن القواعد العامة للسّحب التي وضعها فقه القضاء الإداري بالنسبة للقرارات الصريحة لا تتفق مع مبدأ استقرار الأوضاع القانونيّة، فهل يجب منع الإدارة من القيام بالسّحب مراعاة لاستقرار الأوضاع القانونيّة وحماية لحقوق من تحصّل على قرار ضمني بالقبول، أم هل يتعيّن – مراعاة لمقتضيات الشرعيّة – ترك باب السّحب مفتوحا أمام الإدارة طالما أن آجال الطعن لا تزال مفتوحة ؟

ونضيف أن هذه الحلول لا تسري على القرارات المعدومة التي لا يترتّب عنها أي أثر والتي يجوز سحبها بالتاي في أي وقت دون التقيّد بآجال الطعن[411].

[411] م.إ.، تس.، 7 فيفري 1995، عدد 3256، حمودة غزاي / والي تونس، م. ق. ت. ، 1996، ص. 408

البـــاب الثـــانـي : العـــقـــد الإداري

426- إلى جانب القرار الانفرادي كثيرا ما تعتمد الإدارة الطريقة التعاقدية، غير أنّ اللّجوء إلى هذا الأسلوب لا يكتسي نفس الأهميّة ولا يخضع لنفس القواعد في القانون العام وفي القانون الخاص، فلئن كانت العلاقات القانونية في القانون الخاص تقوم أساسا على مبدأ تساوي الإرادات، بحيث لا يمكن لأحد أن يغيّر الالتزامات المتّفق عليها دون موافقة ورضاء الطرف الآخر، فإن ما يميّز العلاقات في القانون العام هو **عدم التكافؤ الجوهري بين الإدارة والمتعاقدين معها** الذي يتجلّى بقوّة في مؤسّسة **العقد الإداري**، وسنتولى فيما يلي تحديد مجال العقد الإداري (المبحث الأول) قبل بيان النظام القانوني لعقود الإدارة (المبحث الثاني)

المبحث الأول : تحديد مجال العقد الإداري

427- يمكن تعريف العقد بصفة عامة بأنه "عبارة عن اتّفاق بين إرادتين فأكثر لإنشاء رابطة قانونية مع تعيين شروطها وآثارها"[412].

ويؤدي هذا التعريف إلى إثارة تساؤلين أساسين: الأول يتعلّق بمسألة التمييز بين القرار الانفرادي والعقد والثاني يخصّ مسألة التمييز بين العقود الإدارية والعقود غير الإدارية

الفرع الأول : التمييز بين القرار الانفرادي والعقد

428- من المهمّ جدا أن نميّز بين القرار الانفرادي والعقد نظرا لاختلاف آثارهما القانونيّة، غير أنه يصعب في بعض الحالات التوصّل إلى تحديد معيارا واضحا للتمييز (الفقرة الأولى)، بحكم تنوّع وتجدّد الأسلوب التعاقدي (الفقرة الثانية)

412 محمد الزين – النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد، تونس 1993، ص 35.

الفقرة الأولى : صعوبة التمييز

429- يقوم التمييز أساسا على **عنصر كمّي**، يرتبط بعدد الأطراف المصدرة للقرار، فيكون العمل انفراديا إذا صدر بصفة أحادية ويكون العمل تعاقديا إذ صدر عن التقاء إرادتين فأكثر، ولا يكفي هذا المعيار دائما للتمييز بين مختلف أعمال الإدارة، فالقرار الانفرادي قد يكون متعدّد الأطراف ومثال ذلك القرارات الوزارية المشتركة التي تصدر عن وزيرين فأكثر مع احتفاظها بالصبغة الانفرادية، لذا يرى جانبا من الفقه ضرورة استبدال المعيار الكمّي بمعيار **نوعي** يعتمد طبيعة الآثار القانونية الناشئة عن العمل القانوني المعني بالشأن دون الالتفات إلى عدد الأطراف المصدرة له وإلى الوصف الوارد بالنصوص[413]، وتتّضح هكذا صعوبة التمييز بين المؤسّستين التي تتجلى بالخصوص في الحالات التالية :

أ- الأعمال المختلطة

430- يحدث أن يكون العمل القانوني مزدوجا، انفراديا في جانب وتعاقديا في جانبه الآخر، فيكون بذلك **عملا مختلطا** (*acte mixte*) يحوي نوعين من الالتزامات : التزامات أحادية تعبّر عن الإرادة المنفردة للإدارة من جهة والتزامات تعاقدية تعبّر عن التقاء إرادتين من جهة أخرى[414].

وتعتبر عقود لزمة المرافق العامة أهم الأعمال القانونية المختلطة استخداما، فهذه العقود التي تكلّف بمقتضاها الإدارة المتعاقدين معها بإدارة واستغلال مرفقا

[413] حول هذه المسألة راجع:

Ch. Eisenmann- *Cours de droit administratif,* LGDJ, 1982-1983, tome 2, p. 389 et suiv.

G. Dupuis- *Définition de l'acte unilatéral*, Mél. Ch. Eisenmann, p.205 et suiv.

A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé- *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2ème édit., 1983, p. 241 et suiv.

L. Richer- *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2006

[414] انظر :

J.Dufau- *la nature juridique de la concession de service public*, Mél. Chapus, p.147

عاما مقابل رسوم يتقاضاها مباشرة من المنتفعين بالمرفق تتضمّن نوعين من الشروط[415]:

- شروط لا يقتصر أثرها على أطراف العقد وإنما يمتدّ إلى كافة المنتفعين بالمرفق وهي التي تخصّ تنظيم المرفق العام وسيره، كالإجراءات الكفيلة بحفظ سلامة مستعملي المرفق وشروط الانتفاع بالخدمة، فهذه الشروط لها صبغة انفراديّة وهو ما يجعلها خاضعة للنظام القانوني للقرارات الإداريّة[416].

- وشروط لا تخصّ إلاّ الأطراف المتعاقدة ولا تهم مستعملي المرفق، كتلك المتعلّقة بمدّة الاستلزام وبالأعباء المالية المحمولة على صاحب اللزمة، فهذه الشروط لها صبغة تعاقدية تحكمها القواعد الخاصة بالعقود الإداريّة.

ب- أساليب التشاور والتشريك

431- وتتشعّب مسألة التمييز بين العمل الانفرادي والعقد أكثر فأكثر نتيجة اعتماد الإدارة أساليب التشاور والتشريك حرصا منها على تشريك المتعاملين معها في أعمالها وضمهم إلى برامجها[417]، وبالرغم من مساهمة منظوري الإدارة أو ممثليهم في صنع القرار في هذه الحالة فإن ذلك لا يؤثّر في جوهر العمل الإداري الذي يبقى **انفراديا** بحكم احتفاظ الإدارة في النهاية بسلطة اتخاذ القرار المناسب.

ومن أقدم الأمثلة على هذا الأسلوب نذكر مبدأ مشورة ممثّلي الأعوان العموميين في اللجان الإدارية المتناصفة المختصة بإبداء الرأي في القرارات المتعلّقة بالترسيم وتقييم المستوى الصناعي والترقية والنقل الوجوبية والتأديب المكرّس بمقتضى الفصل 12 من قانون الوظيفة العموميّة، كما يمكن ذكر الاتفاقات المبرمة بين صندوق التأمين على المرض ونقابات المهن الصحية لغاية تحديد

[415] حول هذا النوع من العقود انظر من رقم 568 إلى رقم 575 أسفله

[416] C E, 21 novembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey- Tivoli*, GAJA, n° 17

[417] حول هذه الأعمال انظر :

J. Chevallier- *les formes actuelles de l'économie concertée*, Annales, Fac.Droit d'Amiens, 1971-1972

تعريفات الخدمات المقدّمة للمرضى طبقا لمقتضيات الفصل 11 من القانون عدد 71 المؤرّخ في 2 أوت 2004 [418] المتعلّق بإحداث نظام تأمين على المرض والفصل الثالث من الأمر عدد 3154 المؤرخ في 6 ديسمبر 2005 المتعلّق بضبط صيغ وإجراءات إبرام هذه الاتفاقيات [419]، فهذه الاتفاقيات تعتبر أعمالا انفرادية وليس أعمالا تعاقديّة خلافا لما يتبادر للذهن لأنها لا تولّد آثارا قانونيّة بذاتها، إذ لا " تدخل (...) حيّز التنفيذ (إلا) بعد المصادقة عليها بقرار من الوزير المكلّف بالضمان الاجتماعي ونشرها بالرائد الرسمي" وفقا لمقتضيات الفصل الرابع من الأمر المذكور[420].

432– وأخيرا، لا يفوتنا أن نلاحظ أن ظاهرة **كراسات الشروط** التي تحرّرها الإدارة مسبقا ويلتزم بمقتضاها كل من يرغب في ممارسة نشاطا اقتصاديا معيّنا التي شهدت تطوّرا ملفتا للانتباه في السنوات الأخيرة لا تعني تخلي الإدارة عن الأسلوب الأحادي، ضرورة أن قبول هذه الشروط لا يكفي لتمكين صاحب الشأن من ممارسة النشاط المرغوب فيه ولا يعفيه من الحصول على الرخصة اللازمة للاستغلال، لذا لا يصح القول إن هذه الكراسات قد عوّضت التراخيص الإداريّة السابقة، فنشاط الخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات من نوع "الانترنات" مثلا المنظّم بمقتضى" كراس شروط تقع المصادقة عليه من قبل الوزير المكلّف بالاتصالات "يبقى خاضعا إلى" ترخيص مسبّق" يمنح إلى "مزود خدمات الاتصالات بعنوان شخصي ولا يمكن إحالته إلى الغير إلا بموافقة الوزير" [421].

[418] ينص الفصل المذكور: " تبرم الاتفاقيات المنصوص عليها بالفصل الثاني بين الصندوق الوطني للتأمين على المرض من جهة والمنظمات المهنية الأكثر تمثيلا لمقدمي الخدمات الصحية من جهة أخرى

[419] ينص الفصل المذكور: " تنظم العلاقات بين مقدمي الخدمات الصحية والصندوق في إطار اتفاقية إطارية واتفاقيات قطاعيّة تبرم بين هذا الصندوق وممثلي مقدمي الخدمات الصحية وتحدّد خاصة (...) التعريفات المرجعيّة للخدمات الصحيّة "".

[420] يعتبر مجلس الدولة في هذه الشأن أن القرار الوزاري المتضمن المصادقة على هذا النوع من الأعمال يضفي عليها الآثار القانونية لعقد ترتيبي، انظر:
CE, Sect., 9 octobre 1981, *Syndicat des médecins de la Haute-Loire*, AJ 1982, p. 357, Chron. F. Tiberghien et B. Lasserre

[421] وفقا لمقتضيات الفصلين 5 و7 من مجلة الاتصالات الصادرة بمقتضى القانون عدد 1 المؤرخ في15 جانفي 2001

ج– تجدّد وتنوّع الأسلوب التعاقدي

433– من جهة أخرى يلاحظ في السنوات الأخيرة تخلي الإدارة تدريجيا عن الأسلوب الأحادي ولجوئها المتزايد إلى الأسلوب التعاقدي تحت تأثير الأفكار النيولبراليّة المتفوّقة[422].

434– ويجب التمييز هنا بين أساليب **التشاور والتشريك** التي تسعى من خلالها الإدارة إلى الحصول على موافقة منظوريها على الأعمال التي تمسّ حقوقهم الأساسيّة و**أساليب الشراكة** التي تحاول من خلالها الإدارة الاتفاق مع منظوريها لإنجاز مشاريع ذات مصلحة مشتركة[423] .

فأساليب التشاور والديمقراطيّة الإداريّة التي تنادي بتشريك منظوري الإدارة في الأعمال التي تهمهم شخصيا تبقى أعمالا **انفراديّة** ضرورة أن الإدارة تحتفظ في هذه الحالة بسلطة اتخاذ القرار الذي تراه متماشيا مع المصلحة العامة دون أن تكون ملزمة بآراء ومقترحات المتعاملين معها.

435– أما أساليب الشراكة فقد أضحت منذ السبعينات وسيلة مفضلة لدى الإدارة تهدف من ورائها إلى توجيه نشاط منظوريها وفقا للتوجهات العامة للدولة، ومثال ذلك **عقود البرامج** التي تبرم بين الأشخاص العموميّة لتنفيذ توجهات المخطّط الوطني للتنمية[424].

436– مع الإشارة إلى أن هذه الأسلوب قد شهد حظوة جديدة في السنوات الأخيرة تماشيا مع سياسة الدولة التي أضحت تعوّل أكثر من ذي قبل على القطاع

[422] انظر:
M. Ben Letaief- *Partenariat et gouvernance territoriale en Tunisie*, Mél. Amor, p.237 et suiv.

[423] W. Ferchichi- *De quelques spécificités de la contractualisation dans la protection de l'environnement*, Etudes Juridiques, n°7 , 2000 p.37 et suiv et J. Rivero et J.Waline- *Droit administratif*, op. cit, n° 107

[424] ومثال ذلك عقد البرنامج المبرم بين الدولة والشركة الوطنية للسكك الحديدية في شهر ديسمبر 2002 لفترة المخطّط العاشر للتنمية (2002-2006)، انظر في هذا الشأن: A. Mestre- *Les services publics de l'administration tunisienne*, Tunis, ENA 1977 , p.171 et 172

الخاص وعلى المبادرة الحرة لتنفيذ برامجها الاقتصادية والاجتماعية، وتفضّل اللجوء إلى الأسلوب التعاقدي عوضا عن الأسلوب الأحادي لتحقيق أهداف السلطة العامة[425]، ويمكن أن نذكر في هذا الإطار اتفاقيات الشراكة التي تخوّل لمالكي العقارات الكائنة داخل دوائر التدخل العقاري المشاركة في المشاريع العقارية المزمع إنجازها من طرف المستفيد "بمقتضى اتفاق يبرم بين المتدخل العمومي وصاحب العقار وفقا لكراس الشروط العامة" (الفصل 36 من م.ت.ت.ت.) المصادق عليه بمقتضى الأمر عدد 188 المؤرخ في 11 جانفي 1999، وعقود الشراكة في مجال الاقتصاد الرقمي، وهي طائفة جديدة من العقود تتصف بخصائص مميّزة إذ تبرم عن طريق التفاوض التنافسي أو التفاوض المباشر[426] بين أشخاص القطاع العام وأشخاص القطاع الخاص للقيام بمشاريع مشتركة، تعتمد تقاسم المخاطر، وتهدف إلى تطوير البرامج والأنظمة والمحتويات الرقميّة في مجال تكنولوجيات الاتصال والمعلومات وفقا لأحكام الفصل الرابع من القانون التوجيهي عدد 13 لسنة 2007 المؤرخ في 19 فيفري 2007 المتعلّق بالاقتصاد الرقمي[427]، فهذه الأعمال تعدّ بدون شك أعمالا تعاقدية وفقا لما استقرّ عليه فقه القضاء الإداري[428]

الفقرة الثانية : عقود الإدارة والأعمال المنفصلة

437– تنقسم عقود الإدارة إلى نوعين: عقود خاصة لا تختلف عن العقود التي تبرم بين الأفراد وعقود إدارية تخضع لنظام قانوني مميّز.

وأيا كان الشأن فإن من الفوائد الأساسية التي تنجرّ عن التمييز بين مختلف هذه الأعمال وبين الأعمال الانفرادية تلك التي تتعلّق بالنظام القانوني الذي يطبّق

[425] التي تعرف بعقود الاتفاق بين القطاع العام والقطاع الخاص (*Contrat de partenariat public-privé : PPP*) : حول هذا النوع من العقود انظر: J. Morand-Deviller- *Cours de droit administratif*, op.cit., p.428

[426] حول هذه الطرق المعتمدة في إبرام الصفقات العموميّة انظر رقم 470 أسفله.

[427] تم ضبط مجال تطبيق هذا القانون بمقتضى الأمر عدد 1274 المؤرّخ في 21 ماي 2007 المتعلّق بضبط قائمة الأنشطة المرتبطة بالاقتصاد الرقمي، كما تم تحديد قواعد وإجراءات إبرام اتفاقيات الشراكة في هذا المجال بمقتضى الأمر عدد 1290 المؤرّخ في 28 ماي 2007.

[428] CE, 08 janvier 1988, *Communauté urbaine de Strasbourg*, RFDA, 1988.

على كليهما، فالعقد الإداري يختلف جوهريا من حيث نظامه القانوني عن القرار الإداري الانفرادي، ويتأكد ذلك بالرجوع إلى الفصل 17 من قانون المحكمة الإدارية الذي يفرد الدعاوي المتعلّقة بالعقود الإدارية بنظام طعن مميّز يختلف عن الذي يطبّق على القرارات الإدارية؛ تقول المحكمة الإدارية في هذا الشأن :

"وحيث أن القرار الذي تصدره جهة الإدارة في مادة صفقات الأشغال العامة بالاستناد إلى شروط العقد الإداري، كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه لا يعتبر قرارا إداريا منفصلا بل هو إجراء تعاقدي ليس له كيان ذاتي لأن النظر فيه يؤول إلى النظر في جوهر العقد، ومن ثمّ فلا يخضع للأحكام العامة الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية قضائيا بل يدخل في ولاية قاضي العقد الإداري"[429].

438– ولكن، إذا كانت الأعمال التي تحيط بالعقد لها " **كيان ذاتي**" من حيث أنّها لا تتعلّق بالالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين، هل يجوز الطعن فيها في غير إطار الدعوى العقدية ؟ في هذا الصدد يقع إعمال نظرية **الأعمال المنفصلة** التي ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي في قرار (*Martin*)[430] وسعى تدريجيا إلى التوسيع من نطاقها في مجالات متعدّدة، وقد تبنتها المحكمة الإدارية ابتداء من قرار(المكي بن عيسى) قولا " إن من العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مركبا له جانبان : أحدهما تعاقدي بحت (...)، والآخر إداري يجب أن تسير فيه الإدارة على مقتضى النظم الإدارية المقرّرة لذلك، فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده... فتختص هذه المحكمة بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة للقوانين أو للأوامر وذلك دون أن يكون لإلغائها مساس بذات العقد

[429] م.إ.، تس.، 28 نوفمبر 1991، عدد 2056، الصادق الملولي/ بلدية سوسة، م.، ص.135

[430] C.E, 04 aout 1905, *Martin*, GAJA, n°16.

حول هذه النظرية انظر : لمياء الفتوي– الأعمال المنفصلة، المرجع السابق، ص. 91 وما يتبع

الذي يظل قائما بحالته إلى أن تفصل المحكمة المختصة في المنازعة المتعلّقة به"[431].

439- وفيما يخصّ الأعمال التي تعتبر منفصلة عن العقد يمكن اختزال الحلول القضائية في العناصر التالية :

1- القرارات المتعلّقة بالأعمال السّابقة للعقد، ومثال ذلك قرارات الموافقة أو الترخيص على إبرامه، كمداولات المجلس البلدي المتضمنة الموافقة على التفويت في جزء من الملك الخاص للبلدية[432]، أو قرار الوالي المتضمن رفض المصادقة على عملية عقدية[433]، والقرارات الوزارية في توقيع عقد لزمة مرفق من المرافق العامة[434].

2- القرارات المتعلّقة بالأعمال اللاّحقة للعقد، أي القرارات المتعلّقة بتنفيذه أو بتعديله أو بإنهائه، فهذه القرارات تعتبر منفصلة عن العقد بالنسبة للغير، وهو ما يخوّل لهم الطعن فيها بالإلغاء أمام قاضي تجاوز السلطة، أمّا المتعاقدون مع الإدارة فلا يجوز لهم ذلك عملا بنظرية الدعوى الموازية التي تخوّل لهؤلاء فقط المنازعة فيها أمام قاضي العقد، غير أن هذه القاعدة تتحمل استثناء هاما يتعلّق بالشروط ذات الصبغة الترتيبية التي توجد في الأعمال التعاقدية المختلطة، فهذه الشروط تعتبر منفصلة بالنسبة إلى الكافة[435].

---

[431] م.إ.تس.، 24 نوفمبر 1980، عدد 350، محمد الناصر وعمر حرالزالله / بلدية المنستير، م.، ص. 403.

[432] م.إ.، تس.، 25 أكتوبر 2002، عدد18806، حسن ادريس ومن معه / بلديّة سوسة، غير منشور

[433] م.إ.، تس.، 3 ماي 1980، عدد201، الشركة التونسية لصناعة الحديد والبناءات المعدنية / وزير الداخلية ووالي توزر، م.، ص 164

[434] انظر الأمر عدد 2138 المؤرخ في 11 أكتوبر والمتعلق بالمصادقة على اتفاقية لزمة الملك العمومي للسكك الحديدية المبرمة بتاريخ 09 سبتمبر 1999 بين الدولة والشركة الوطنية للسكك الحديدية 1999.

[435] بخصوص هذه المسألة راجع رقم 430 أعلاه

الفرع الثاني : التمييز بين العقد الإداري وبقيّة عقود الإدارة

440- تبرم الإدارة نوعين من العقود :

- عقود خاصة "غير إدارية" حسب تعبير المحكمة الإدارية، لا تختلف عن تلك التي تبرم بين الأفراد، تكون خاضعة في مجملها لقواعد القانون المدني، باستثناء بعض الشروط المتعلّقة باختصاص السّلطة الإدارية وبإجراءات التعاقد، كأن تبرم الإدارة عقد بيع أو إيجار بشأن أحد مفردات ملكها الخاص أو عقد تأمين على عرباتها...

441- وعقود إدارية تبرمها الإدارة بوصفها سلطة عمومية، تسعى من خلالها إلى تحقيق المصلحة العامة، فتتميّز بفرض التزامات أو بإقرار امتيازات لا مثيل لها في العلاقات العادية، فمن الطبيعي أن تكون خاضعة لنظام قانوني مميّز.

ولكن كيف يمكن التمييز بين العقود الإدارية والعقود غير الإدارية[436] ؟ وما هي أهمّ أنواع العقود الإدارية ؟

الفقرة الأولى : معيار العقد الإداري

442- نشير في البداية إلى وجود عقود إداريّة بتحديد القانون (*Par détermination de la loi*)، كما هو الحال بالنسبة لعقود الأشغال العامة وعقود إشغال الملك العمومي في القانون الفرنسي والمصري[437]، وتندرج في هذه الطائفة من العقود تلك التي تتضمّن النصوص الصادرة بشأنها إشارة صريحة إلى أن العقد هو عقد إداري أو أن النزاعات المتولّدة عنه تكون من اختصاص القاضي الإداري.

---

[436] حول هذه المسألة انظر : M. S. Ben Aissa- *La définition du contrat administratif dans la jurisprudence du Tribunal administratif : doutes et certitudes*, Mél. Amor, CPU 2005 , p.175 et suiv.

[437] انظر بالنسبة للقانون الفرنسي : J. Rivero et J.Waline- *Droit administratif*, op.cit.n° 108

وبالنسبة للقانون المصري تعتبر عقود الأشغال العامة والالتزام عقودا إدارية بمفعول القانون، انظر : طعيمة الجرف- القانون الإداري، مطبعة الكتاب الجامعي، القاهرة، 1985، ص.201.

443- وفي غياب هذا التنصيص تتحدّد طبيعة عقود الإدارة بإعمال معيار فقه قضائي ثنائي يتضمّن شرطين متلازمين، أولهما عضوي يخصّ صفة الأطراف المتعاقدة، وثانيهما مادي يخصّ موضوع العقد ومحتواه، وهو الحلّ الذي انتهت إليه المحكمة الإداريّة سنة 1989 لما صرّحت:

" **إن العقد المبرم بين شخص معنوي عمومي وأحد الأفراد لا يكفي بذاته لاعتباره من صنف العقود الإدارية، بل لا بدّ أن يستهدف تشريك المتعاقد في تسيير مرفق عام بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته أو أن تتضمّن بنوده شرطا من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص والتي تنبئ عن نيّة الإدارة في انتهاج أسلوب القانون العام**"[438].

أ- الشرط العضوي : يجب أن يكون أحد أطراف العقد شخصا عموميا

444- ليكون العقد إداريا لا بدّ أن تتوافر في أحد أطرافه على الأقّل صفة الشخص العمومي وهو ما تأكّد بصدور قرار (الولهازي)[439] وأضحى من الحلول الراسخة إثر تكريسه من طرف مجلس تنازع الاختصاص[440].

ولكن ما المقصود بلفظة " الإدارة " في القضاء الإداري؟ للإجابة عن هذا التساؤل لا بدّ من استعراض الحالات الثلاثة التالية: العقد المبرم بين الأفراد، والعقد المبرم بين أشخاص عمومية، والعقد المبرم بين ذات عمومية وأحد الأفراد

1- مسألة العقود المبرمة بين الأفراد

445- يكون العقد المبرم بين أشخاص القانون الخاص في القانون الإداري التونسي غير إداري[441]، ويلاحظ بخصوص هذه المسألة أن القاضي الإداري

[438] م إ.است.، 30 جانفي 1989، عدد 573، العربي الولهازي / م.ع.ن.د. في حق وزارة الفلاحة، أ.ك.، رقم 20، ص. 333

[439] ذات المرجع

[440] م. ت.إ، 3 جوان 1999، حسن الفرشيشي، القرار عدد 2، قرارات مجلس تنازع الاختصاص، مركز الدراسات القانونية والقضائية، ص. 102

[441] TC, 03 mars 1969, *Société Interlait*, concl. Kahn, AJ,1969, p307.

الفرنسي لا يرفض إضفاء الصبغة الإدارية على العقود التي تبرم بين الأفراد إذا تعلّق موضوعها بأشغال عامة راجعة من حيث طبيعتها إلى الدولة وكان أحد أطراف العقد يعمل "لحساب الإدارة"[442]، كالعقود التي تبرم بين أصحاب لزمات الطرقات السيارة والمقاولين لبناء أو صيانة هذه الطرقات.

446- وتثور في هذا الإطار إشكالية تحديد طبيعة العقود التي تبرم بين مستلزمي المرافق العامة إذا كانوا من أشخاص القانون الخاص وبين مستعملي هذه المرافق، ومثال ذلك عقد إيجار حلقة إرساء بميناء، والرأي عندنا هو أن هذا العقد يكون له صبغة العقد غير الإداري أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي تنعقد بين صاحب اللزمة ومستعمل المرفق، وذلك عملا بالمبادئ التي استقرّ عليها فقه القضاء الإداري في تونس وما يميّزها من وضوح ومن تبسيط لقواعد الاختصاص[443].

447- كما تثور أيضا إشكاليّة تحديد معنى " **العقود الإداريّة بطبيعتها** " التي جرى عمل المحكمة الإداريّة على سحبها على عقود الأشغال العامة وعلى الصفقات العمومية[444]، فهل أن الصفقات التي تبرم بين المنشآت العمومية التي لها صفة المشتري العمومي دون أن يكون لها صفة الشخص المعنوي العمومي (شركات الاقتصاد المختلط، شركات الرأس المال العمومي)[445] وبين أحد الأفراد تعتبر عقودا إداريّة رغم تخلّف الشرط العضوي ؟ لا يميّز فقه قضاء في هذا الشأن بين صفقات الأشخاص العموميّة وصفقات المنشآت العموميّة التي ليس لها صفة المؤسّسة العموميّة، بل يستعمل عبارة "العقود الإداريّة بطبيعتها " على إطلاقها،

[442] TC, 08 juillet 1963, *Entreprise Peyrot*, GAJA, n° 84

[443] انظر قرار محكمة الاستئناف بسوسة الصادر بتاريخ 14 جوان 2002 عدد 3262 الذي تبنّى هذا الاتجاه، شركة الدراسات والتنمية لسوسة الشمالية/ مصطفى البصلي(غير منشور)

[444] انظر رقم 452 أسفله

[445] تقتضي الفقرة الثالثة من الفصل الأول من مجلة الصفقات العموميّة أن الصفقات التي تبرم من طرف المنشآت العموميّة – بما في ذلك الشركات التجارية الخاضعة للقانون الخاص – تعتبر صفقات عموميّة

ورغما عن هذا يصعب التسليم بتوفّر الصبغة الإداريّة في هذه الفئة من العقود نظرا لتعارض هذا الحلّ مع فقه القضاء الإداري الراسخ في هذا المجال.

2-العقد المبرمة بين الأشخاص العمومية

448- لا نجد أثرا لهذه المسألة في فقه القضاء التونسي رغم التطوّر المطّرد للعلاقات التعاقدية بين الأشخاص العمومية، ولا يعني هذا الفراغ أن المسألة لا تستحقّ الاهتمام، بل العكس هو الصحيح بالنظر إلى عدم تلاؤم المعايير التي تمت صياغتها بالنسبة لبقيّة عقود الإدارة.

ويوفّر القانون المقارن مرّة أخرى " أقصر طريق" لمعرفة القانون الوطني، ففي القانون الفرنسي تعتبر هذه الأعمال عقودا إدارية بتطبيق معيار فقه قضائي مميّز يتمثّل في القرينة القانونية الإدارية المتّصلة بهذه الطائفة من الأعمال التي توجد عادة في" نقطة التقاء تصرفين عموميين" حسب تعبير مندوب الحكومة *(Labetoulle)*[446] ،غير أن هذه القرينة تبقى نسبية وقابلة للدحض، فإذا تبين أن العقد قد أبرم بانتهاج أسلوب التصرّف الخاص تكون له طبيعة العقد غير الإداري.

3-العقد المبرم بين الشخص العمومي وأحد الأفراد

449- لا يكفي الشرط العضوي لإضفاء الصبغة الإدارية على العقد بل لا بدّ من توافر أحد العناصر المادية التي سنحاول إبرازها في الفقرات الموالية، ولكن لا يفوتنا في هذا الإطار أن نتوقّف عند أهمّ الإشكاليات التي تطرحها صفة الشخص العمومي المعني بالتعاقد، وهذه الإشكاليّة تتعلّق بالعقود التي تبرم بين المؤسّسات ذات الصبغة الصناعية والتجارية – وهي من الأشخاص العمومية – وبين أحد الأفراد، فهذه المسألة يكتنفها الغموض في القانون التونسي، ومردّ ذلك التضارب الواضح بين موقف المشرّع وموقف مجلس تنازع الاختصاص، فالمشرّع قد أحدث كتلة اختصاص لفائدة المحاكم العدلية فيما يتعلّق بالنزاعات التي

---

[446] TC, 21mars 1983, *Union des Assurances de Paris,* AJ 1983, p356, Concl. Labetoulle

قد تنشأ بين هذه المؤسّسات وبين أعوانها أو حرفائها أو الغير[447]، أمّا مجلس تنازع الاختصاص فقد أتيحت له الفرصة لتحديد موقفه من هذه المسألة بمناسبة نظره في قضية تتعلّق وقائعها بقيام الشركة التونسية للكهرباء والغاز – وهي من المؤسّسات العمومية ذات صبغة صناعية وتجارية[448] – بتسليط غرامة على المتعاقد معها من أجل ارتكابه لأعمال غشّ عند استهلاكه للطاقة الكهربائية، وقد قرّر المجلس بهذه المناسبة عدم الأخذ بالمعيار التشريعي معتبرا أن" النزاع منشأه علاقة تعاقدية مبناها عقد الاشتراك المطابق للنمط الموافق عليه من السّلط المشرفة وكراس الشروط المتعلّقة بتزويد كامل التراب بالتيار الكهربائي المصادق عليه بالأمر عدد 9 لسنة 1964 والمتضمن لشروط غير مألوفة خاضعة للقانون العام، وأن الخطية التي أدّاها المنخرط والمراد استرجاعها قد سلطت عليه من الشركة المذكورة في إطار ما لها من امتيازات سلطوية عند تسييرها لمرفق عام ممّا يجعل النزاع حول استرجاع مبلغها بسبب دفعه بدون وجه يكتسي الصبغة الإدارية"[449].

وفي اعتقادنا لا يمكن مجاراة المجلس في هذا الاتجاه، إذ لا يدخل في وظيفة القضاء التصدّي للأحكام التشريعية ومخالفتها إذا كانت واضحة الملامح، وإلاّ انقلبت المفاهيم وأصبح القاضي مشرّع وجاز توجيه اللوم إلى "حكومة القضاة".

ب-الشرط المادي البدلي : علاقة العقد بالمرفق العام أو تضمنه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

450- لئن كان الشرط العضوي ضروريا لكي يكون العقد إداريا فإنه لا يكفي وحده لإضفاء هذه الصبغة على العقد، إذ لا بدّ أن تتوافر أحد العناصر المادية

---

[447] انظر أيضا في هذا الاتجاه: م.إ.، تع.، 16 أفريل 2007، عدد 37264، الوكالة العقارية الصناعية / عبد العزيز وجمال زليلة، غير منشور: إن " فقه قضاء المحكمة الإداريّة وفقه قضاء مجلس تنازع الاختصاص استقرّا على اعتبار أن وجود مؤسّسة عموميّة ذات صبغة صناعيّة وتجاريّة كطرف في المنازعة لا يؤول بالضرورة إلى اختصاص المحاكم العدليّة للنظر فيها إذ أن اختصاص النظر ينعقد للمحكمة الإداريّة كلّما اتضح أنّ النزاع تولّد عن تدخّل المؤسّسة العموميّة في إطار مرفق عام مستعملة صلاحيات السلطة العامة"

[448] الفصل الأول من المرسوم عدد08 لسنة 1962 المؤرخ في 3 أفريل 1962 المتعلق بإحداث الشركة التونسية للكهرباء والغاز

[449] م.ت.إ.، 16 أفريل 2002، القرار عدد 49، محمود بوقديدة / الشركة التونسية للكهرباء والغاز، غير منشور

الإضافية التالية : فإمّا أن يكون موضوع العقد متعلّقا بتنفيذ مرفق عام وإمّا أن يتضمّن شرطا استثنائيا غير مألوفا في القانون الخاص.

1- العنصر الأول : علاقة العقد بالمرفق العام

451- هذا العنصر يتعلّق بموضوع العقد، فالعقد هنا يكون إداريا لأن موضوعه يستهدف تشريك المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ المرفق العام، وأوضاع اتصال العقد بالمرفق العام متعدّدة وتأخذ في العمل صورا شتّى، فمتى يمكن اعتبار اتّصال العقد بالمرفق العام كافيا لإضفاء الصبغة الإدارية على العقد ؟ يمكن اختزال الحلول القضائية في هذا المجال في فكرتين أساسيتين:

452- يجب أن يكون موضوع العقد منصبّا بصفة كلّية أو جزئية على أداء الخدمة العمومية أو كما تقول المحكمة الإدارية أن يقع التعاقد **"بغية خدمة أغراض المرفق"**[450]، كالعقد الشفوي الذي يتعلّق موضوعه بتكليف أحد الأفراد في فرنسا لتقديم الغذاء إلى لاجئين روسيين بصدد العودة إلى الوطن إثر انتهاء الحرب العالمية الثانية، أو كأن يقع التعاقد بين الإدارة المكلّفة بمرفق المحافظة على الغابات وتنميتها وبين المالكين العقاريين على إعادة تشجير عقاراتهم [451].

ونشير من جهة أخرى إلى أن المحكمة الإدارية ترى في بعض العقود عقودا إدارية "**بطبيعتها**"، ومنها على وجه الخصوص عقود اللزمة وعقود الأشغال العامة والصفقات العموميّة، وهو ما يعني أن هذه العقود تكون إدارية بحكم موضوعها دون حاجة إلى البحث في مدى توفّر بقية الشروط، فهي من صنف العقود التي لا ريب في صبغتها الإدارية؛ تقول المحكمة الإدارية في هذا الشأن: " وحيث استقرّ فقها وقضاء أن هذا النوع من العقود يندرج ضمن عقود الأشغال

[450] وهي العبارة التي وردت بقرار الولهازي سالف الذكر

[451] C E, 20 avril 1956, *Epoux Bertin*, GAJA, n° 74
C E, 20 avril 1956, *Consorts Grimouard*, GAJA, n° 74

العامة وهي من **العقود الإدارية الصرفة** ولو لم تتضمّن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص"[452].

453- يجب أن تكون الغاية من التعاقد **تشريك المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ المرفق.**

وتندرج في هذا الإطار عقود انتداب الأعوان المتعاقدين في المرافق العامة الإداريّة[453]، فهذه العقود تكون إداريّة مهما كانت طريقة مشاركة المتعاقد في الخدمة العموميّة؛ تقول المحكمة الإداريّة في هذا الشأن إن : " كلّ عون منتدب من طرف شخص معنوي عام وبقطع النظر عن مصدر دخوله عن طريق التسمية أو إبرام عقد يملك صفة العون العمومي ما دام يشارك بصفة مباشرة أو غير مباشرة في أداء مهمّة مرفق عام ذي صبغة إدارية"[454]، أما العقود التي تبرم مع مستعملي المرفق فإنها تكون إدارية إذا استهدفت تشريك المتعاقدين بصفة مباشرة في تنفيذ المرفق نظرا للصبغة النظامية والترتيبية التي تميّز وضعيات هؤلاء إزاء المرفق.

2- العنصر الثاني : يجب أن يتضمّن العقد بندا من البنود الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص

454- هذا هو العنصر المادي الآخر الذي يعتمد قضائيا لتمييز عقود الإدارة في غياب العنصر المتعلّق بموضوع العقد، وبمقتضاه يكون العقد المبرم بين شخص عمومي وأحد الأفراد إداريا إذا تضمّن **بندا من البنود الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص** دون حاجة للبحث عن مدى اتصاله بمرفق عام، اعتبارا بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام، فيكفي أن تتضمّن بنود العقد شرطا من الشروط الاستثنائية التي تنبئ بانصراف نيّة

[452] م.إ.، است.، 29 ديسمبر 1988، م. ع .ن.د في حق وزارة الفلاحة/عثمان الشامخ، م. ص.،12، انظر بالنسبة للصفقات العمومية: م.إ.، است.، 22 ماي 2001، عدد2240، مقاولات العسكري، غير منشور

[453] TC, 25 mars 1996, *Préfet de la Région Rhone-Alpes / Berkani*, RFDA 1996, Concl. P. Martin

[454] م.إ.، تس.، 21 أفريل 1986، عدد 1078، عفيف البنكاجي / وزير الخارجية سالف الذكر

الإدارة عن إتباع أسلوب القانون العام، مستخدمة في ذلك الامتيازات والحقوق المقرّرة لها بوصفها سلطة عامة حتى يكون العقد إداريا[455].

455- ولكن متى يجب اعتبار الشرط استثنائيا وخارجا عن المألوف في القانون الخاص؟ إنه من الصعوبة بمكان تحديد معنى هذه العبارة، ويعود ذلك إلى الحرّية التامة التي تعود إلى الأطراف عند التعاقد والتي تخوّل لهم إدراج شتّى أنواع الشروط في العقد، حتى تلك التي تكون خارجة عن المألوف، بشرط ألاّ تتعارض مع مقتضيات النظام العام، ومع ذلك فقد حاول القضاء الإداري تعريف الشرط الاستثنائي معتبرا أنه الشرط الذي يمنح أحد الطرفين حقوقا أو يحمّله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني، كالشروط التي تخضع المتعاقد لرقابة الإدارة عند التنفيذ، أو تلك التي تخوّل للإدارة الحلول محلّ المتعاقد لمواصلة التنفيذ في صورة عجزه عن ذلك دون حاجة إلى طرق باب القضاء.

ومن الشروط الاستثنائية أيضا تلك التي تمنح امتيازات للإدارة لا يمكن أنْ تعود إلى المتعاقد الآخر، فهذه الشروط تجعل موقف المتعاقدين غير متكافئ، ومثال ذلك وضعية المتعاقد مع الإدارة في مجال الصفقات العمومية الذي يصبح بمجرّد تقديمه لعروضه ملزما بها لمدّة معيّنة، وهو ما يبرز الإخلال بقاعدة المساواة بين المتعاقدين منذ الخطوات الأولى لعملية التعاقد، وتضاف إلى هذه القائمة من الشروط تلك التي تمنح المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير، بمعنى أنها تخوّل له ممارسة بعض مظاهر السّلطة العامة التي ترجع عادة إلى الإدارة، كأن يقرّ العقد لفائدته فرض رسوم أو قيود على مستعملي المرفق، ويلاحظ في هذا الشأن تطوّر فقه القضاء الفرنسي، إذ أصبح مجلس الدولة لا يتردّد في اعتماد النظام القانوني العام الذي تخضع له العملية العقدية والمناخ الذي يميّزها ليضفي عليها الصبغة الإدارية[456].

---

[455] CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, GAJA, n° 26

[456] CE, 19 janvier 1973, *Société d'exploitation de la rivière du Sant*, Rev. Adm., 1973, 633, Note Amselek

الفقرة الثانية : أنواع العقود الإدارية

456- فيما عدا الاتّفاقات التي تبرم بين الأشخاص العمومية والتي تخضع لنظام قانوني مميّز[457]، تتّخذ العقود الإدارية ثلاثة أشكال أساسية، إلى جانب الصفقات العمومية التي تعدّ من أهمّ أنواع العقود الإدارية نظرا لوزنها الخاص في الدورة الاقتصاديّة.

أ - العقود الإدارية الرئيسية

توجد ثلاثة أنواع رئيسية من العقود :

1- عقود تفويض المرافق العامة

457- وهي العقود التي تعهد الإدارة بمقتضاها إلى المتعاقدين معها القيام - تحت إشرافها - بمهمّة إدارة واستغلال مرفق عام لمدة محدودة في مقابل منفعة ماليّة، وتتضمّن عقود تفويض المرافق العامة ثلاثة أصناف وهي عقود اللزمة، وعقود التأجير، وعقود الوكالة الحرّة أو الامتياز التي سنعود لها بالتفصيل عند التعرض إلى أساليب تسيير المرافق العامة[458]

وتـمثل عقود اللزمة[459] أهم عقود تفويض المرافق العامة وتتخذ ثلاثة أشكال :

- عقود لزمة الأشغال العامة التي يتعلّق موضوعها ببناء منشآت عموميّة (خط حديدي، طريق سيارة، ميناء، مطار، الخ)

---

[457] CE, 25 octobre 1996, *Ass. Estuaire-Ecologie*, R.F.D.A, 1996, 339, Concl. Stahl, note Madiot

[458] انظر رقم 567 وما يتبع أسفله

[459] وهي من العقود التي تعتبرها المحكمة الإدارية " إدارية بطبيعتها ": م.إ.، تس.، 2 نوفمبر 1994، عدد 2672، شركة هميلة للتجارة والصناعة / ديوان الموانئ الجوية التونسية، م. ص.، 156

- عقود لزمة إشغال الملك العمومي التي يتعلّق موضوعها بتركيز منشآت قارة فوق الملك العمومي واستغلالها (تركيز وحدة لصنع وإصلاح السفن فوق الملك العموي البحري).

- عقود استغلال المرافق العامة (استغلال المرفق العام للكهرباء أو للهاتف الجوّال)

وتجدر الإشارة إلى أن عقود لزمة الأشغال العامة وعقود لزمة إشغال الملك العمومي لا تكفي وحدها لحمل الخواص على التعاقد مع الإدارة، لذا تكون دائما مصحوبة بعقد استغلال المرفق العام.

2- عقود الإشغال الوقتي الملك العمومي

458- وهي العقود التي ترخّص بمقتضاها الإدارة لأحد الأفراد بإشغال جزء من الملك العمومي أو/ مع تركيز منشآت خفيفة فوقه واستعماله استعمالا خاصا بصفة وقتية وبمقابل مالي[460]، وتعتبر هذه العقود إدارية بحكم موضوعها الذي يتعلّق بالتصرّف في الملك العمومي، فهذا التصرّف لا يكون إلا تصرّفا عموميا.

أما أوجه الاستغلال الخاص التي يرخّص فيها تعاقديا فهي متنوّعة، منها ما يتلاءم مع التخصيص المعيّن لأجزاء الملك العمومي (استغلال الملك العمومي للطرقات أو الملك العمومي الحديدي لاستغلال مطعم أو مقهى) ، ومنها ما يكون مطابقا لطبيعة تخصيص مفردات الملك العمومي (إشغال شاطئ البحر لاستغلال منشآت للاستحمام أو إشغال فضاء تجاري بالأسواق العمومية)[461].

[460] حول التمييز بين عقود الإشغال الوقتي للملك العمومي ولزمات استغلال هذا الملك، انظر: م.إ.، اب.، تس.، 26 جوان 2007، عدد 1/13375، شركة ميكاناف / الرئيس المدير العام لوكالة موانئ وتجهيزات الصيد البحري، غير منشور

[461] راجع : عمر البوبكري- الاستعمال الخاص للملك العمومي في الأنشطة الصناعية والتجارية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون العام، كلية الحقوق بسوسة، 1996

3 - عقود الأشغال العامة

459- وهي عبارة عن اتفاق بين المشتري العمومي وأحد الأفراد بقصد القيام ببناء أو بترميم أو بصيانة مباني أو منشآت عقارية لحساب الإدارة ولمنفعة عامة في نظير المقابل المالي المتّفق عليه ووفقا للشروط الواردة بالعقد، أو كما تقول المحكمة " كلّما كان العمل العمومي منصرفا إلى عقار تحت ملكية الإدارة أو مخصّصا لمرفق عام شريطة أن يكون الهدف منه تحقيق مصلحة عامة وأن تتم تلك الأشغال لحساب شخص معنوي عمومي"[462].

وتعتبر أيضا عقود أشغال عامة الاتفاقات المرتبطة بالأشغال العامة، بحيث يمكن اعتبارها أشغالا عامة بالإلحاق نظرا للجاذبيّة الكبرى التي تتعلّق بمفهوم الشغل العمومي في القانون الإداري[463]، ومثال ذلك عقود انتداب المهندسين المكلّفين بإدارة أو مراقبة أشغال البناء خلال الانجاز، وعقود المعاونة التي تلتزم بمقتضاها الأفراد بالمساهمة نقدا أو عينا في نفقات مرفق عام أو أشغال عامة، وحتى عقود نقل اليد العاملة و مواد البناء إلى حظيرة الأشغال العامة.

ب-العقد الإداري والصفقات العمومية

460- تمثّل الصفقات العمومية ما يقارب عن 15 % من الناتج الداخلي الخام وهو ما يبرز وزنها في أعمال الإدارة[464].

والصفقات العمومية هي عقود مكتوبة[465] تبرم من طرف المشتري العمومي لإنجاز أشغال أو دراسات أو للتزوّد بمواد أو لتقديم خدمات تحتاجها الإدارة في

[462] انظر :
TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, J.C.P., 1955, II, 8786, note Blaevoet

[463] راجع في هذا الشأن :
A. De Laubadère – Y Gaudemet- *Traité de droit administratif, tome 2, Droit administratif des biens, Op. Cit., n° 828 et suiv*

[464] انظر : محمود بسباس – الرقابة على النفقات العمومية، المرجع السابق، ص.42 وما يتبع

[465] تمثّل الصيغة الكتابيّة المشار إليها بالفصل الأول من مجلة الصفقات العمومية شرطا من شروط صحة الصفقة العموميّة وفقا لما استقرّ عليه فقه قضاء المحكمة الإداريّة، انظر: م.إ.،

مقابل دفعها لثمن الطلب العمومي الذي تتفق عليه مع المتعاقد معها طبقا لإجراءات خاصة[466].

ولا تعدّ عقود إداريّة إلا الصفقات العموميّة للدولة وللجماعات العموميّة وللمؤسّسات العموميّة الإداريّة وغير الإداريّة، أما صفقات المنشآت العموميّة التي لها صفة شركات القانون الخاص فإنه يصعب اعتبارها عقودا إداريّة نظرا لتخلّف العنصر العضوي[467].

وتعقد وجوبا عن طريق الصفقات النفقات التي يتجاوز مبلغها مقدارا أدنى يحدّ من طرف الإدارة ويراجع بانتظام حسب تطوّر نسبة التضخّم المالي، أمّا الصفقات التي تقلّ قيمتها عن الحدّ المذكور، فإنها تتمّ عادة عن طريق مذكّرات الأجور أو الفواتير التي تقدّم من طرف المتعاقد مع الإدارة بعد الإنجاز.

ونضيف أن الثمن يعتبر من العناصر الجوهريّة التي تعتمد لتمييز الصفقات العموميّة عن عقود تفويض المرافق العامة، و يتأكّد ذلك بالرجوع إلى الفقرة الثانية من الفصل الأول من المجلّة الذي يقتضي أنه " **لا تعتبر صفقات عموميّة على معنى هذا الأمر عقود لزمة المرفق العام...** "، ويعود ذلك إلى أن صاحب اللزمة يؤدي خدماته مباشرة إلى مستعملي المرفق ويتقاضى منهم المقابل المالي، في حين

است.، 6 جوان 1977، عدد 33، م.ع.ن.د. في حق وزارة التربية القوميّة / الهادي غريس، م.، ص. 157

[466] وقعت المصادقة على هذه المجلة بمقتضى الأمر عدد3158 المؤرخ في 17 ديسمبر2002 المنقح و المتمم بالأمر عدد1638 المؤرخ في 4 أوت2003 و بالأمر عدد 2551 المؤرّخ في 2 نوفمبر 2004 وبالأمر عدد 2579 المؤرخ في 2 أكتوبر 2006 وبالأمر عدد 1329 المؤرخ في 4 جوان 2007 وبالأمر عدد 1330 المؤرخ في 4 جوان 2007 والمتعلق بضبط قائمة المنشآت العمومية التي لا تخضع طلباتها للتزود بمواد و خدمات إلى التراتيب الخاصة بالصفقات العمومية حول النظام الخاص بالصفقات العمومية انظر:

M. B. Letaief (sous la direction de) – *Les nouveautés du droit des marchés publics*, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2004

[467] انظر رقم 447 أعلاه

أن مقاول الأشغال أو مسدي المواد أو الخدمات يقوم بإنجاز الصفقة مباشرة لفائدة الإدارة[468].

المبحث الثاني : النظام القانوني لعقود الإدارة

461- يتميّز هذا النظام بشيء من المزج بين القواعد المكتوبة والقواعد القضائية، فالنصوص المكتوبة تنظّم على وجه الخصوص أساليب إبرام عقود الإدارة دون تمييز بين العقود الإدارية والعقود غير الإدارية، أمّا طرق تنفيذ العقود الإدارية وإنهاؤها، فهي تخضع لنظام خاص له بالأساس مصدر فقه قضائي.

لذا سوف يدور البحث حول المحاور التالية : إبرام العقود الإدارية (الفرع الأول) تنفيذ العقود الإدارية (الفرع الثاني) ونهاية العقود الإدارية (الفرع الثالث)

الفرع الأول : نظام إبرام عقود الإدارة

تبرز خصائص نظام إبرام العقود الإدارية في مستويين اثنين يتعلّق الأول بأهلية التعاقد ويتعلّق الثاني بطرق اختيار المتعاقد مع الإدارة

الفقرة الأولى : أهلية التعاقد

462- تبرم عقود الإدارة وتوقّع من طرف الممثّل القانوني للشخص العمومي المعني بالشأن: الوزير بالنسبة للدولة، الوالي بالنسبة للمجلس الجهوي، رئيس البلدية بالنسبة للبلدية، مدير المؤسّسة بالنسبة للمؤسسات العمومية الإدارية أو غير الإدارية، ويكون الإخلال بقواعد الاختصاص موجبا للإلغاء.

[468] حول هذه المسألة انظر:

M. S. Ben Aissa- *La notion de marché public*, in " *Les nouveautés du droit des marchés publics* ", op. cit., p. 29 et suiv.

وتحدّد النصوص السّلطات الإدارية المختصّة بتمثيل الذات العمومية ودورها في العملية العقديّة وصيغ التعبير عن الرضا وأخيرا طبيعة الرقابة التي تسلّط على الجهة الإداريّة المتعاقدة.

وفيما يخصّ أهلية الأشخاص الماديين أو المعنويين الذين يتعاقدون مع الإدارة تقرّ النصوص بعض الموانع ضمانا لحقوق الإدارة، نذكر من بينها اشتراط الضمانات والكفاءات اللازمة لحسن تنفيذ الالتزام (الفصل 13 من مجلة الصفقات العمومية).

الفقرة الثانية : اختيار المتعاقد مع الإدارة

463- إذا كنا قد ذكرنا في ما سبق أن عقود الإدارة تنقسم إلى عقود إدارية وأخرى غير إدارية، فإن تقييد حرّية الإدارة فيما يتعلّق بإبرام عقودها يشمل النوعين السابقين.

أ- المبادئ الأساسيّة لإبرام الصفقات العموميّة

464- تأتي هذه المبادئ في مقدّمة الأحكام التي تخضع لها الصفقات العموميّة وتهدف إلى الحفاظ على الأموال العموميّة وإلى تفادي الممارسات التي من شأنها التمييز غير المبرّر بين المرشّحين أو استغلال النفوذ لتحقيق أغراض بعيدة عن الصالح العام... لذا نرى المشرّع يشدّد في المجلّة الجديدة على ضرورة **احترام مبادئ المساواة أمام الطلب العمومي، وتكافؤ الفرص، وشفافيّة الإجراءات (الفصل 7 جديد من المجلة)**، إذ لا يمكن للإدارة اختيار العرض الأنسب إلا إذا كانت الإجراءات المتبعة أمامها تكفل ضبط حاجاتها بالدقّة اللازمة، مع مراعاة مقتضيات الإشهار والمنافسة الفعليّة والحقيقيّة بين المشاركين، وتطبيق معايير موضوعية وشفافة عند اختيار العرض الأفضل من الناحية الاقتصاديّة[469]، **وتفادي تضارب المصالح** (الفصل 13 جديد من المجلة).

[469] انظر في هذا الشأن :

ب- طرق اختيار المتعاقد مع الإدارة

465- توفّر مجلّة الصفقات العمومية للإدارة طريقتين أساسيتين لاختيار المتعاقدين معها وهي طلب العروض من جهة والاتفاق المباشر من جهة أخرى.

وقبل عرض هذه الطرق نلاحظ إلغاء طريقة **المناقصة** التي كانت تمثّل فيما مضى أولى الطرق المقرّرة في قانون الصفقات العمومية، والمناقصة (*l'adjudication*) هي الطريقة التي كانت تعتمد لاختيار المرشّح الذي يتقدّم بأفضل العروض من حيث الثمن، غير أن استنادها على المعيار المالي فحسب وإسنادها الصفقة آليا لمن يقدّم العرض الأفضل دون مراعاة قدرة هذا الأخير على الإنجاز جعلها عرضة لانتقادات شديدة، وهو ما يفسّر احتجابها في المجلّة الجديدة.

1- طلب العروض (*l'appel d'offres*)

466- يمثّل **طلب العروض** طريقة قريبة من المناقصة من حيث الإجراءات المتّبعة، ولكنّها مختلفة عنها من حيث طريقة إسناد الصفقة، فهذه الإجراءات لا تكون آلية باختيار صاحب العرض الأدنى ثمنا، وإنّما تراعى فيها جملة من المعايير كأصل المنتوج، وثمن الخدمات، والضمانات المالية، والكفاءات اللازمة التي من شأنها إقناع المشتري العمومي **باختيار العرض الأكثر تناسبا ما بين النوعية والثمن.**

وتمثّل طريقة طلب العروض القانون العام في مادة إبرام الصفقات العموميّة، و يتأكد ذلك بالرجوع إلى الفصل 30 جديد من المجلة الذي يقتضي أن الصفقات العمومية تبرم " عن طريق طلب العروض بعد الدعوة للمنافسة، إلا أنه يمكن إبرام صفقات إما بتنظيم استشارة موسّعة أو بالاتفاق المباشر" بعد ترخيص مسبق من السلطة المختصّة.

M. Ben Letaief- *La philosophie et les nouvelles orientations de la nouvelle réglementation des marchés publics, in "Les nouveautés du droit des marchés publics", op.cit., p. 7 et suiv.*

467- ويكون **طلب العروض مفتوحا أو مسبوقا بانتقاء**، ويشمل طلب العروض المفتوح إعلان عام للمنافسة طبقا لأحكام الفصل 63 من مجلة الصفقات العموميّة، أمّا طلب العروض المسبوق بانتقاء فيتّم على مرحلتين :

- تتضمّن الأولى دعوة عامة ومفتوحة للترشّح طبقا لكرّاس العناصر المرجعية للانتقاء الذي يحدّد شروط المشاركة ومقاييس ومنهجية الانتقاء.

- وتتضمّن الثانية دعوة المرشّحين الذين تمّ انتقاؤهم لتقديم عروضهم مع ضرورة عرض تقرير الانتقاء على الرأي المسبق للجنة الصفقات ذات النظر (الفصل 31 جديد من المجلّة).

468- وإثر تقديم العروض تتولى اللجنة القارة لفتح الظروف التابعة للمشتري العمومي إعداد محاضر تتضمن العروض التي تستجيب لشروط المشاركة في الصفقة وإقصاء المرشحين الذين لا تستجيب عروضهم للمواصفات والقواعد والشروط المحدّدة للمشاركة (الفصل 70 جديد من المجلة) ثم تتولى لجنة الفرز المختصة تحليل العروض المقبولة وتقييمها من الناحيتين المالية والفنية وتعد تقريرا فنيا تسجّل فيه منهجيّة عملها ومقترحاتها بخصوص إسناد الصفقة لأفضل العروض (الفصل 78 من المجلة)، ثم يتولى المشتري العمومي تعليق نتائج طلب العروض، ويتم ذلك تحت نظر اللجنة المختصّة التي يعود لها مراقبة شرعيّة إجراءات اللجوء إلى المنافسة وإسناد الصفقات ومدى مصداقية وشفافية الإجراءات المتبعة (الفصل 84)[470].

2- الاستشارة الموسّعة (*la consultation élargie*)

469- يجوز للمشتري العمومي العدول عن طلب العروض واللجوء إلى **الاستشارة الموسّعة في أربع حالات تعرّض إليها الفصل 38 جديد** من مجلّة الصفقات العموميّة وهي التالية :

[470] تتمثل هذه اللجان طبقا لمقتضيات الفصل 86 جديد من مجلة الصفقات العمومية في 1/ اللجنة العليا للصفقات لدى الوزير الأول التي تتفرّع إلى أربع لجان مختصة حسب موضوع الصفقة 2/ اللجنة الوزارية للصفقات الخاصة بكل وزارة 3/ اللجنة الجهوية للصفقات الخاصة بكل ولاية 4/ اللجنة البلدية للصفقات الخاصة بالبلديات الكبرى

- إذا كان موضوع الصفقة متصلا بالأمن العام والدفاع الوطني أو متى اقتضت ذلك المصلحة العليا للبلاد أو في حالات التأكد القصوى.

- إذا لم يفض طلب العروض لأي عرض أو أفضى إلى عروض غير مقبولة

- إذا كانت الصفقة ستبرم مع إحدى المؤسّسات الصغيرة المحدثة في نطاق البرامج الوطنيّة وكانت قيمتها محدودة.

- إذا كانت الصفقة تتعلّق بإنجاز أشغال غابيّة أو أشغال محافظة على المياه و التربة ولا تستوجب طاقات فنية عالية وكانت قيمتها محدودة.

ولا يعني اللجوء إلى هذه الطريقة التحرّر تماما من المبادئ التي تحكم نظام إبرام الصفقات العموميّة، إذ يبقى المشتري العمومي مقيّدا في هذه الحالة بالإجراءات المكتوبة التي من شأنها ضمان مساواة المشاركين وتكافؤ الفرص بينهم و الشفافيّة في اختيار صاحب الصفقة.

3- التفاوض المباشر (*la négociation directe*)

470- تتمثّل طريقة **التفاوض المباشر** التي حلّت محل الاتفاق المباشر (*le marché de gré à gré*) **إجراءا استثنائيا واعتداء على مبدأ المنافسة الذي يحكم نظام الصفقات العمومية**، إذ يؤول إلى إبرام الصفقات " دون تقيّد المشتري العمومي " بالإجراءات الاعتياديّة للمنافسة المقرّرة بالفصول 30 و39 من المجلة، لذا لا يمكن للإدارة اللجوء إلى هذه الطريقة إلا إذا اقتضت طبيعة الصفقة التفاوض مع " مزوّد أو مسدي خدمات معيّن " (الفصل 40 جديد من المجلّة).

ج-كرّاسات شروط الصفقات العمومية

471- تعدّ **كرّاسات الشروط القانون العام للصفقات العمومية** وتحوي جملة من الوثائق تحدّد شروط المشاركة في الصفقة وما يلزم من مواصفات إدارية ومالية وفنية لعقد الصفقة.

ولا تقتصر كراسات الشروط على وضع القواعد الخاصة بإبرام مختلف أنواع الصفقات العمومية بل تمتدّ أيضا إلى ضبط القواعد الخاصة بالتنفيذ[471].

ونشير قبل ذلك إلى أن الفصل 41 جديد من مجلة الصفقات العمومية الذي تعرض إلى هذه الوثائق قد نصّ أنه تصبح كراسات الشروط الإدارية العامة وكراسات الشروط الفنية المشتركة سارية المفعول بقرار من الوزير الأول بناء على رأي اللجنة العليا للصفقات، وفي انتظار صدور هذا القرار يمكن اعتماد التشريع السابق لتوضيح محتوى هذه الكرّاسات.

1- الكرّاسات العامة

472- تنقسم هذه الكراسات إلى صنفين :

– **كرّاسات الشروط الإدارية العامة** التي تتضمّن بنود تعاقدية ذات طابع عام تتعلّق بالشروط الإدارية والمالية لعقد الصفقة وتنفيذها.

– **كرّاسات الشروط الفنية المشتركة** التي تحدّد طبيعة الخدمات ونوعيتها وحجمها وشروط إنجازها والتراتيب الفنية المتعلّقة بها.

2- الكرّاسات الخاصة

473- وتنقسم بدورها إلى صنفين :

– **كرّاسات الشروط الإدارية الخاصة** التي تضبط الشروط الإدارية الخاصة بكل صفقة وتنص وجوبا على مقتضيات كرّاسات الشروط العامة التي استثني تطبيقها.

– **كرّاسات الشروط الفنية الخاصة** التي تضبط المقتضيات الفنية الخاصة بكل صفقة وتنص وجوبا على بنود الشروط الفنية العامة التي استثني تطبيقها.

[471] انظر رقم 474 إلى484 أسفله

الفرع الثاني : نظام تنفيذ العقود الإدارية

474- إن القاعدة الأساسية في العقود الخاصة التي مفادها أن ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينحلّ إلاّ برضائهما (الفصل 242 من م. ا. ع.) لا تطبّق على الإطلاق في مادة تنفيذ العقود الإدارية، فالإدارة تتمتّع إزاء المتعاقدين معها بامتيازات لا نجد لها مثيل في العقود الخاصة، وهذه الامتيازات تجد أساسها في شروط العقد التي غالبا ما يتمّ تحريرها مقدّما دون أن يكون للمتعاقد رأيا في ذلك، فما عليه إلاّ أن يقبلها أو يرفضها دون إمكانية مناقشتها أو تعديلها، فهو منذ اللّحظة التي يعطي فيها الموافقة ويختار التعاقد يصبح خاضعا لالتزامات لم يشترك في صياغتها، وتتمتّع الإدارة بهذه الحقوق حتّى في صورة عدم التنصيص عليها بالعقد، وفي المقابل يقرّ القانون الإداري لفائدة المتعاقد مع الإدارة جملة من الضمانات غير المألوفة في القانون الخاص تخوّل له الحصول على المكافآت المطابقة للتقديرات الأوليّة المتّفق عليها في العقد.

الفقرة الأولى : امتيازات الإدارة

475- تتمتّع الإدارة إضافة إلى الحقوق الاعتيادية التي يقرّها لفائدتها العقد بجملة من الامتيازات السّلطوية تخوّل لها الإشراف على طريقة تنفيذ العقد وتوجيه الأوامر إلى المتعاقدين معها وتعديل الالتزامات من جانب واحد وتوقيع العقوبات دون حاجة إلى طرق باب القضاء

أ- سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

476- تهدف هذه السّلطة إلى التأكد من أن العقد ينفّذ طبقا لشروطه، ولا تحتاج الإدارة لممارسة هذه السّلطة إلى تنصيص صريح بالعقد، لأنها تقوم على فكرة المصلحة العامة التي تبرّر مراقبة حسن تنفيذ الصفقة؛ تقول المحكمة الإدارية في هذا الشأن : "حيث ولئن كانت **الإدارة تملك سلطة الإشراف على تنفيذ الصفقة**

وتوجيه الأوامر إلى المتعاقد معها قصد الزيادة أو التنقيص في كميّة الأعمال المطلوبة أو فرض وسائل التنفيذ التي تراها مناسبة..."[472].

ونضيف أن هذه السلطة تختلف باختلاف الأعمال التعاقديّة للإدارة، فتتشدّد في عقود الأشغال العامة، حيث تتجسّم في حقّ تفقّد أشغال الإنجاز والتحقّق من حسن سيرها، وذلك بتواجد مهندسي الإدارة بصفة قارة في حظائر الأشغال خلال مدّة الإنجاز، كما نلاحظ أن شروط العقد كثيرا ما تتضمّن التزام المتعاقد بالامتثال للأوامر الصادرة عن أعوان الإدارة المكلّفين بالسهر على مراقبة حسن سير الأشغال.

ب- سلطة تعديل الالتزامات بصفة أحادية

477- تتمتّع الإدارة بسلطة لا مثيل لها في العقود الخاصة تخوّل لها **تغيير الالتزامات المحمولة على المتعاقد معها من جانب واحد،** قد يؤدّي استخداما إلى فرض التزامات غير مشمولة بالعقد أو إلى إلغاء حقوق مدرجة به.

ويجد هذا الامتياز أساسه في ضرورة تمكين الإدارة من السبل الكفيلة بمراجعة أعمالها القانونية تماشيا مع مقتضيات المصلحة العامة المتغيّرة دون التقيّد بمبدأ عدم المساس بالالتزامات التعاقدية التي تخضع له العقود الخاصة.

وقد أقرّ مجلس الدولة هذه السّلطة لأول مرّة في قرار صادر عنه بتاريخ 10 جانفي 1902 في مجال عقود لزمة المرافق العامة حين اعترف للإدارة بحقّ فرض التزامات جديدة على مستلزم الخدمة العمومية مسايرة للحاجات المتجدّدة لجمهور المنتفعين[473]، ثمّ تولى تأكيد هذا المبدأ مجددا بأكثر وضوح في قرار صادر عنه بتاريخ 2 فيفري 1983 [474].

---

[472] لقد أقرّت المحكمة الإدارية امتلاك الإدارة لهذه السّلطة بقولها: " وحيث ولئن كانت الإدارة تملك سلطة الإشراف على تنفيذ الصفقة وتوجيه أوامر إلى المتعاقد معها قصد الزيادة أو التنقيص في كميّة الأعمال المطلوبة أو فرض وسائل التنفيذ التي تراها مناسبة..." م.إ.، اب.، 9 جانفي 2002،عدد 15839، علي ثابت / م. ع. ن. د في حق وزارة أملاك الدولة، غير منشور.

[473] CE, 1 janvier 1902, *Gaz de Deville- les- Rouen*, GAJA, n° 9

[474] CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, R.F.D.A, 1984, 52, note F.Llorens

وتمارس هذه السلطة تحت رقابة القاضي الإداري الذي يسعى إلى التثبّت من مدى تناسب هذا الإجراء مع مقتضيات حسن سير المرفق العام من جهة ومع الحقوق المالية للمتعاقدين مع الإدارة من جهة أخرى.

ج- سلطة توقيع العقوبات

478- يمكن للإدارة **توقيع الجزاء المناسب** من جانب واحد كلّما **أخلّ المتعاقد بالتزاماته وبقدر ما تكون هذه الجزاءات ضرورية لضمان استمراريّة المرفق محلّ التعاقد**[475]، وتجد هذه السلطة أساسها في ضرورة ضمان تنفيذ الالتزام المتّصل بسير المرفق العام واستبعاد الإخلال الذي قد يحدث عن الامتناع عن التنفيذ، ولا يمكن للإدارة استخدام هذه السلطة إلاّ في حالة التقاعس الواضح بعد التنبيه على المتعاقد معها بضرورة التنفيذ.

وتتّخذ هذه الوسيلة أشكالا متنوّعة تختلف باختلاف خطورة المخالفة، وتعدّ الخطايا المالية من أهم ما تملك الإدارة توقيعه من عقوبات، وتتمثّل أساسا في خطايا التأخير التي غالبا ما تكون مقرّرة بالعقد، على أنه بإمكان الإدارة توقيع غرامات أخفّ من تلك المقرّرة بالعقد، غير متّفق عليها مسبقا، وذلك في حالة ارتكاب المتعاقد معها لمخالفات لا تستوجب استخدام الجزاءات الأشدّ المنصوص عليها بالعقد[476].

أمّا الإجراءات الإكراهية فلا يقع اللّجوء إليها إلاّ في حالة الإخلال الجسيم للمتعاقد بالالتزامات المحمولة عليه بمقتضى العقد، في هذا الإطار تملك الإدارة حق الحلول محلّ المتعاقد المتقاعس أو إحلال الغير محلّه للقيام بما يلزم للتنفيذ، وعلى نفقته الخاصة، ويتخذ هذا الإجراء في مادة عقود لزمة المرافق العامة شكل وضع المرفق تحت الحراسة (*Mise sous séquestre*)، أمّا في مادة الأشغال العامة فإنه يتخذ شكل الحلول محلّ المتعاقد وتنفيذ المشروع بالطريق المباشر (*Mise en*

---

[475] م.إ.اس.، 9 جانفي 2002، عدد15839، علي ثابت / م.ع.ن.د. في حق وزارة أملاك الدولة سالف الذكر

[476] CE, 31 mai 1907, *Deplanque* , RDP, 1907, note G. Jèze.

régie)، مع الإشارة إلى أنه بإمكان الإدارة في هذه الحالة حجز المواد والأدوات الراجعة لمقاول الأشغال ضمانا لحسن تنفيذ العقد، وتمتدّ سلطات الإدارة هنا إلى الحدّ الذي يسمح لها بتوقيع الفسخ بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى إثبات خطأ في جانب المتعاقد معها، ولكن بشرط أن يكون الفسخ لازما لتحقيق المصلحة العامة.

الفقرة الثانية : ضمانات المتعاقد مع الإدارة

479- يتمتّع المتعاقد في مقابل الامتيازات المقرّرة لفائدة الإدارة بجملة من الضمانات تبدو ضرورية لتحقيق العدالة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وتتمثل هذه الضمانات في ما هو مقرّر في النظريّة العامة للعقود من جهة وفيما هو خاص بالعقود الإدارية من جهة أخرى، وتتعلّق هذه الضمانات الأخيرة بالوضع المالي للمتعاقد مع الإدارة وتتخذ شكلين مختلفين يتعلّق الأول بالمقابل المالي للعقد ويتعلّق الثاني بتوازنه المالي

أ-الضمانات الخاصة بالمقابل المالي للعقد

480- تطبيقا للمبادئ العامة للعقد يستحقّ المتعاقد مع الإدارة جميع الحقوق المتّفق عليها بين الطرفين والمتمثّلة في المقابل المالي والمزايا الأخرى للعقد، وقد يحدّد هذا المقابل بصفة ثابتة، كما قد يكون قابلا للمراجعة طبقا لمعايير متّفق عليها مسبّقا، ويجوز تحديده أيضا بالنسبة للعقود طويلة الأمد بإعمال شرط التغيير في الأسعار.

ولا تكون الإدارة ملزمة بالخلاص إلا بعد **الانتهاء من إنجاز الخدمة** حيث يمثّل هذا المبدأ قاعدة أساسية في المحاسبة العمومية[477] ، غير أن تطبيقها الصارم قد يؤدي إلى تأخير كبير في الخلاص من شأنه أن يؤثّر سلبا على حسن تنفيذ

[477] ينص الفصل 41 من م. م. ع. : " لا تصرف النفقات إلاّ لمستحقيها وذلك بعد إثبات استحقاقهم لها وإثبات قيامهم بالعمل المطلوب مع مراعاة أحكام الفصول من 108 إلى 117 من هذه المجلة" وينص الفصل 116 جديد من مجلة الصفقات العمومية أن " تضبط كراسات الشروط حسب طبيعة الصفقة شروط الخلاص وصيغه خاصة فيما يتعلّق بالتسبقات ومعاينة قيمة الطلبات المنجزة وتحديدها وعند الاقتضاء الأقساط التي تدفع على الحساب "

العقد، لذا تخوّل النصوص الخاصة بالعقود الإداريّة خلاص المتعاقدين بمقتضى تسبقات أو أقساط تدفع لهم على الحساب حسب درجة تقدّم أعمال التنفيذ.

من جهة أخرى تمنح بعض العقود لفائدة المتعاقد امتيازات لا مثيل لها في القانون الخاص لغاية تمكينه من تنفيذ الالتزامات الثقيلة المحمولة عليه بمقتضى العقد، فصاحب لزمة بناء الطريق السيارة أو الميناء أو المطار يرخّص له بأن يتقاضى رسوم مباشرة من مستعملي الطريق أو الميناء في مقابل المصاريف الباهظة التي يستوجبها استغلال المرفق.

ب- الضمانات المتعلّقة بإعادة التوازن المالي

481- توجد في هذا المجال قواعد فقه قضائية تمثّل من أهمّ مظاهر خصوصية النظام القانوني للعقود الإدارية، وتعود هذه الخصوصية إلى ضرورة ضمان التوازن المالي للعقد بتمكين المتعاقد من تعويض مناسب كلّما تعرّض إلى ظروف تؤثّر سلبا على وضعه المالي بتحميله أعباء إضافية ليس في وسعه أن يتحمّلها، ويتم ذلك في الحالات التالية: نظرية الصعوبات غير المتوقّعة ونظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة.

1- نظرية الصعوبات غير المتوقّعة *(Théorie des sujétions imprévues)*

482- يقع إعمال هذه النظرية كلّما تعرض المتعاقد مع الإدارة إلى **صعوبات مادية عند التنفيذ خارجة عن إرادة الطرفين، لم يكن بوسعه توقّعها وقت إبرام العقد وترتّب على حدوثها أعباء غير عادية عند تنفيذ الالتزام**، في هذه الحالة يجوز له المطالبة بالتعويض عن الخسارة التي تستوجبها مجابهة هذا الوضع.

وتطبّق **نظرية الصعوبات غير المتوقّعة** في مجال عقود الأشغال العامة كلّما يتعرّض المقاول عند القيام بالحفريات اللازمة لإنجاز المشروع إلى مياه جوفية مفاجئة، أو لأرضية غير ثابتة، أو إلى طبقة صخرية في منتهى الصلابة، في جميع هذه الصور يمكن له الحصول على غرامة تعويضية عن "الصعوبات غير المتوقّعة" شريطة إثبات تسبّب هذه الصعوبات في الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

وقد أتيحت للمحكمة الإدارية فرصة إعمال هذه النظرية في قضية (مجموعة دراغادوس) لمّا ادّعى المقاول المكلّف بإنجاز أشغال بناء سدّ الهوارب بولاية القيروان أنه فوجئ أثناء الإنجاز بأرضية هشّة ومتصدّعة وغير ثابتة ولا تحوي إلا نسب ضئيلة من الصخور ممّا انجرّ عنه ارتفاع كبير في التكاليف وتأخير معتبر في آجال الإنجاز.

ولئن أقرّت المحكمة بهذه المناسبة إمكانيّة تطبيق هذه النظرية كلّما "تعرّض معاقد الإدارة عند تنفيذ التزاماته التعاقدية إلى صعوبات مادية بحتة، وتكون هذه الصعوبات خارجة تماما عن إرادة طرفي العقد، وتكون ذات صبغة استثنائية وغير عادية ولا يمكن لأحد من طرفي العقد التنبؤ بها أو توقّع حدوثها زمن إبرام العقد" ، فإنها قد اعتبرت أن الصعوبات المدعي بها " لم تكن من الصنف المفاجئ أو الذي لم يكن بالإمكان توقّعه وهو ما يفقد نظرية الصعوبات غير المتوقّعة بعض ركائزها ويجعلها بالتالي غير ممكنة التطبيق في قضية الحال"[478].

2- نظرية فعل الأمير (*Théorie du fait du Prince*)

483- تتعلّق هذه النظريّة **بالمخاطر الإداريّة** للعقد (*Les aléas administratifs*).

ويقصد **بفعل الأمير كلّ إجراء تتّخذه الإدارة المتعاقدة يكون من شأنه تحميل المتعاقد معها أعباء إضافية تجعل تنفيذ العقد أشدّ صعوبة وأكثر كلفة**، كأن تقرّر الإدارة اتّخاذ إجراء فردي لا على أساس الحقوق التي تستمدها من العقد، وإنما على أساس آخر، لا علاقة له بالعقد، ومثال ذلك قرار السلطة المحلية القاضي بإعادة تنظيم حركة المرور داخل المدينة بشكل يزيد في الأعباء المالية المحمولة على مستغل مرفق رفع الفضلات المنزلية.

478 م.إ. تع، 30 جوان 2000، عدد ، مجموعة دراغادوس / م. ع ن. د في حق وزارة الفلاحة، القضية عدد 22264 غير منشور.

في هذه الحالة يستحقّ هذا الأخير **التعويض الكامل** والشامل لكافة الأضرار اللاحقة به نتيجة هذا الإجراء[479]، ولا دخل لفكرة الخطأ في إقرار مبدأ التعويض في هذا المجال، فليس من شكّ أن الإجراء قد صدر مشروعا، وبالتالي فإن المسؤولية هنا لا تقوم على أساس الخطأ وإنما بناء على الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة[480].

وتجد هذه النظرية مجالا واسعا للتطبيق كلّما تقرّر الإدارة العامة المتعاقدة استعمال امتيازاتها لإدخال تعديلات أحادية على الشروط الأصلية للعقد بشكل يحدث زيادة في الأعباء المالية المحمولة على المتعاقد معها[481].

أما إذا صدر الإجراء عن غير الشخص العمومي المتعاقد، ومثال ذلك القرار ترتيبي الذي قد تتخذه السلطة العامة لتحديد أسعار بعض المواد أو لتحجير أو لتوقيف توريدها وتوزيعها فإن نتائجه السلبية على التوازن المالي للعقد لا تندرج في نطاق نظريّة فعل الأمير - بالمعنى الضيق لهذه العبارة - ولا تفتح أمام المتعاقد حق الحصول على التعويض الكامل للمضرّة الحاصلة له نتيجة هذا الإجراء كما في نظريّة فعل الأمير و إنما فقط على التعويض النسبي كما هو الحال في نظريّة الظروف الطارئة[482].

3- نظرية الظروف الطارئة (*Théorie de l'Imprévision*)

484- خلافا لنظرية فعل الأمير تتعلّق هذه النظريّة **بالمخاطر الاقتصاديّة** للعقد وتعدّ من صنع فقه القضاء الفرنسي إذ كان مجلس الدولة أوّل من صاغها سنة 1916، وتتلخص وقائع القضية التي كانت مناسبة لإقرار هذه النظريّة في أن شركة كانت ملتزمة بتوزيع الغاز على مدينة بوردو، ولكن وبسبب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم (وهي المادة كان يستخرج منها آنذاك الغاز اللازم لتنفيذ العقد)، بحيث بلغت الزيادة المفاجئة في الأعباء المالية المحمولة على المتعاقد

479 تعرضت المحكمة الإدارية صراحة لهذه النظرية في قرار (مجموعة دراغادوس) سابق الذكر

480 حول هذه النظرية في مجال المسؤولية غير التعاقدية انظر رقم و ما يتبع أسفله

481 CE, 05 décembre 1990, *Sté Rapetto*, RDP, 1992, p.1535

482 CE, 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf*, Sirey 1950, 3.61, Note Mestre
Cf. sur ce point : J. Rivero et J. Waline- droit administratif, op. cit., n° 124

درجة من الارتفاع ما قد أصبح يهدّد التوازن المالي للعقد ومواصلة تنفيذ الالتزام، وبالرغم من عدم وجود شروط في العقد تجيز التعويض قضى مجلس الدولة بأن تساهم الإدارة المتعاقدة في تحمّل جزء من هذه الأعباء الطارئة[483].

ويبدو أنّ القاضي الإداري التونسي لا يرفض تطبيق هذه النظرية كلّما توافرت شروطها، ويتبين ذلك بالرجوع إلى قرار(مجموعة دراغادوس) سالف الذكر[484] لما صرّح : "حيث حصر فقه القضاء الإداري الصور الاستثنائية التي يمكن عند حدوثها تعويض معاقد الإدارة عند تحمله أعباء مالية غير عادية لغرض تنفيذ العقد... وهذه الصور هي نظرية فعل الأمير **ونظرية الظروف الطارئة** ونظرية القوّة القاهرة ونظرية الصعوبات غير المتوقّعة".

ويتوقف تطبيق هذه النظرية على توافر الشروط الأساسية التالية:

– حدوث ظروف استثنائية ليس في الوسع توقّعها، وهو ما يعني التمييز بين المخاطر العادية والمخاطر غير العادية التي تخرج عن الحدّ المألوف، فقد تكون هذه الظروف ناتجة عن عوامل مرتبطة بارتفاع أسعار المواد الأساسية في الأسواق العالمية بسبب الأزمات الاقتصادية أو الحروب، وقد تكون أيضا ناتجة عن كوارث طبيعية كالفيضانات والجفاف، على أنه إذا تحوّلت إلى ظروف قاهرة يستحيل معها مواصلة العمل بالعقد، لا يمتلك المتعاقد في هذه الحالة إلاّ حقّ المطالبة بالفسخ على أساس نظرية القوّة القاهرة[485].

– أن تكون أجنبية عن العقد، وإلاّ أصبحت من قبيل حالات المسؤولية التعاقدية المؤسّسة على فكرة إخلال أحد المتعاقدين بشروط العقد.

– أن تؤدّي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، اختلالا خطيرا، فلا يكفي أن يترتّب عنها مجرّد نقص في الربح لأن الخسارة البسيطة أو العارضة لا يمكن أن تكون سببا لتطبيق النظرية.

---

483 C E, 24 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, GAJA, n° 31

484 م.إ. تع، 30 جوان 2002، مجموعة دارغادوس/ م.ع.ن.د في حق وزارة الفلاحة سالف الذكر

485 انظر رقم 487 أسفله

بقي أن نلاحظ أن توفرّ هذه الشروط لا يعني تحرّر المتعاقد من الالتزامات المحمولة عليه، بل يجب عليه أن يستمرّ في التنفيذ وإلاّ فقد الحقّ في التعويض.

وإذا ما ثبتت الظروف الطارئة فعلى المتعاقدين البحث أولا عن السبل الكفيلة بتعديل بنود العقد بما يتماشى مع الظروف الجديدة، كالتخفيض في بعض الأعباء أو الترفيع في الرسوم، وفي صورة فشل المساعي الودية يحق للمتعاقد الحصول على التعويض المناسب بعد تقديره بالتراضي أو بالتقاضي، وبما أن الإدارة ليست مسؤولية عن الضرر الحاصل للمتعاقد معها فإن التعويض لا يكون كاملا.

الفرع الثالث : نهاية العقد الإداري

485– ينتهي العقد الإداري عادة بتنفيذ الالتزامات المتفق عليها بين الطرفين، أو بحلول الأجل المحدّد لانتهائه، وقد ينتهي أيضا باتفاق الطرفين أو بمفعول القوّة القاهرة، وإضافة إلى هذه الطرق توجد وسائل أخرى تخوّل الفسخ أثناء التنفيذ، ويتمّ ذلك إمّا بمبادرة من طرف الإدارة وإمّا من طرف القاضي الإداري.

الفقرة الأولى: الفسخ الإداري

486– يمكن للإدارة أن تقرّر الفسخ بإرادتها المنفردة كلّما تضمّن العقد أو النصوص التشريعية والترتيبية شرطا فسخيّا يسمح لها باللّجوء إلى هذا الإجراء، و في حالة ارتكاب الطرف المقابل مخالفة جسيمة لأحد شروط العقد.

كما لها أيضا أن **تنهي العقد بصفة انفرادية تحقيقا للمصلحة العامة** دون حاجة إلى تقرير هذا الحق في العقد أو في النصوص المنظّمة له ودون حاجة إلى إثبات الخطأ في جانب المتعاقد[486].

واستعمال الإدارة لهذه السّلطة يمنح المتعاقد الحق في الحصول على التعويض الكامل عمّا تسبّب له من ضرر وما فاته من كسب، وفي هذا المعنى

---

486 لقد أكدت المحكمة الإدارية هذا الحق في مادة عقود الأشغال العامة في قرار استعجالي جاء فيه بالخصوص: "حيث ولئن كانت الإدارة... تتمتّع مبدئيا في مادة الصفقات العمومية بصلاحيات اتخاذ التدابير الكفيلة بعدم تعطيل سير المرفق العام وتنفيذه ..." م.إ.، استع.، 10 جويلية 2002، عــدد71159، م.ع. ن. د في حق وزارة التربية / مقاولات العسكري، غير منشور.

قضت المحكمة الإدارية اقتداء بفقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي[487] أنه "طالما ثبت من أوراق الملف أحقيّة المقاولة في المطالبة بثمن ما أنجزته من أشغال وما وفّرته من معدّات مقابل فسخ عقد الصفقة دون أن تتقاضى مقابلها أموالا فإنه لا تأثير لقرار الفسخ على مشروعية ذلك الطلب بصرف النظر عن المسئول عن قرار الفسخ المذكور"[488]، ويبدو هذا الإجراء امتدادا منطقيا لامتيازات الإدارة لتي تخوّل لها تغيير وتعديل الالتزامات التعاقدية من جانب واحد[489].

الفقرة الثانية : الفسخ القضائي

487- يتمّ الفسخ القضائي عادة كجزاء للإخلال بالالتزامات التعاقدية، ويكون ذلك بطلب من المتعاقد وينجرّ عنه إلزام الإدارة بتعويض الضرر الحاصل للمتعاقد معها من جرّاء عدم الوفاء على أساس النظرية العامة للالتزامات والعقود، وقد يتّم الفسخ بطلب من الإدارة إذا ما اختارت هذه الأخيرة السبيل القضائي لإنهاء العقد[490]، أو إذا تعلّق الأمر بعقد لزمة مرفق عام لا يمكن تقرير الفسخ بشأنه إلاّ عن طريق القضاء الإداري[491].

ويمكن أن يتم الفسخ القضائي أخيرا بطلب من أحد المتعاقدين، بناء على استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، أو بناء على الاضطراب الشديد والنهائي الحاصل في التوازن المالي للعقد، كما هو الشأن في حالة القوّة القاهرة المتواصلة التي يترتّب عنها بصفة نهائية استحالة التنفيذ[492].

---

[487] CE, 02 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, D.1958, p.731, Note, A. De Laubadère

[488] م.إ.، است.، 17 ديسمبر 1999، عدد 21826، م.ع.ن.د في حق وزارة الدفاع الوطني / شركة كاميلياري للكهرباء، ، غير منشور

[489] انظر رقم 477

[490] انظر مثلا القرار الذي قضى بفسخ العقد بطلب من الإدارة وإلزام المستأنف ضدها بإرجاع المبالغ التي قبضتها من الإدارة كثمن للحافلات موضوع النزاع بناء على ارتكاب المتعاقد مع الإدارة أعمال تحيّل على معنى الفصل 26 من الأمر عدد 754 المؤرخ في 27 جويلية 1974 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية: م.إ.، است.، 15 جويلية 2000، عدد 21652، م. ع. ن. د. في حق وزارة الفلاحة / شركة تجهيز عربات النقل "ستكار" (غير منشور).

[491] حول هذا الموضوع انظر رقم 572-573 أسفله

[492] CE, 09 décembre 1932, *Cie des tramways de Cherbourg*, Rec.1050, Concl. Josse

الجــزء الثــالــث: الـنـشـاط الإداري

488- إلى جانب أعمالها القانونية تقوم الإدارة بأنشطة مختلفة، وتتّخذ هذه الأنشطة أشكالا متنوّعة، منها ما يهدف إلى الحفاظ على النظام العام داخل المجتمع، وهو النشاط الذي يعرف بالضبط الإداري، ومنها ما يهدف إلى تقديم الخدمات الضرورية لأفراد المجتمع، وهو النشاط الذي يعرف بالمرفق العام.

الباب الأول: الضبط الإداري

489- تقتضي الحياة المدنية جملة من الضوابط يعود شأن تحديدها إلى السّلطة العامة، ويتم ذلك عادة بواسطة القوانين التي تتّخذ لضبط الشروط الأساسية لممارسة الحرّيات، غير أن ذلك لا يكفي لفرض الانضباط اللازم، وهو ما يستوجب من الإدارة عند الاقتضاء اتخاذ التدابير اللازمة لتجنّب أعمال الفوضى داخل المجتمع.

ويعرف هذا النشاط بالضبط الإداري (المبحث الأول) الذي يخضع إلى نظام قانوني مميّز (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الضبط الإداري

490- يمكن تعريف الضبط الإداري بأنه مجموعة ما تفرضه السّلطات الإدارية من تدابير لغاية تنظيم ممارسة الحريات الفردية والجماعية وللحفاظ على السلم الاجتماعي[493].

وتتعدّد المصطلحات للتعريف بهذا النشاط، فهناك من يستعمل مصطلح الشرطة الإدارية للتركيز على الجانب العضوي من هذا العمل وهناك من يستعمل مصطلح الضبط الإداري للتركيز على جانبه الوظيفي.

---

[493] انظر: J. Rivero et M.Waline- *Doit administratif*, op.cit. , n° 453 et suiv
R. Chapus - *Droit administratif général*, op.cit., n°s 897 et suiv.
E. Picard – *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984,
Y.Ben Achour - *Droit administratif*. n° 339 et suiv
I. Saouli- *Ordre public et liberté : recherche sur la police administrative en Tunisie*, Thèse, Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis, 1998.
البشير التكاري- مدخل إلى القانون الإداري، المرجع السابق، ص. 253 وما يتبع.

الفرع الأول : المعنى العضوي للضبط الإداري

491- إن المعنى العضوي للضبط الإداري هو المعنى المتداول لدى العامة، ويقصد به مجموعة الأعوان المكلفون بالسّهر على هذا النشاط والذين يشكّلون مرفق الضبط الإداري.

ويخضع تنظيم هذا المرفق لمبادئ خاصة وتمارس مشمولات الضبط من طرف هياكل متنوّعة.

الفقرة الأولى : تنظيم مرفق الضبط الإداري

492- يقوم هذا التنظيم على التمييز بين سلطات الضبط الإداري المكلّفة بممارسة هذا الاختصاص وبين الأعوان المكلّفين بتنفيذ ما يصدر عن هذه السلطات من تدابير، مع الإشارة إلى أنه يحصل أن تكون سلطات الضبط مزوّدة في ذات الوقت باختصاصات الضبط وباختصاصات إدارة أعوان الضبط، وهو شأن وزير الداخلية، ولكن غالبا ما تكون السّلطات الأولى منفصلة عن الثانية.

أمّا من الناحية الترابية فإن الاختصاص يوزّع أساسا بين السلطات المركزية والسلطات اللامركزيّة، فلئن كانت السّلطات المركزية (رئيس الجمهورية والوزراء) مكلّفة بالحفاظ على النظام العامل على كامل التراب الوطني، فإنه يعود إلى السّلطات اللامركزيّة اتّخاذ التدابير الخاصة التي تتناسب مع الظروف المحلّية، غير أن ذلك لا ينفي ممارسة هذه الأخيرة لاختصاصات ذات صبغة وطنية إما لتنفيذ تدابير الضبط المتّخذة من طرف السلطات المركزيّة وفقا لمقتضيات الفصل 80 جديد من القانون الأساسي للبلديات، وإما في نطاق اختصاص مسند بقوانين خاصة.

ونضيف أن الضبط والمرفق العام يتقاربان من الناحية الوظيفية[494]، إذ قد يستوجب القيام بما يلزم للحفاظ على النظام العام من نشاط أداء بعض الخدمات

---

[494] انظر: R. Vandermeeren- *Police administrative et service public*, AJDA 2004. 1916

العموميّة لأفراد المجتمع، كما يتم ذلك عند حدوث كوارث طبيعيّة (حرائق، فيضانات، ...)، غير أن الضبط الإداري يبقى مختلفا عن المرفق العام بحكم أنه يهدف أساسا إلى الحفاظ على النظام العام داخل المجتمع.

الفقرة الثانية : هياكل الضبط الإداري

تتمثّل هياكل الضبط الإداري في عنصرين أساسيين: سلطات الضبط من جهة وأعوان الضبط من جهة أخرى.

أ- سلطات الضبط الإداري

493- في هذا الإطار نجد التفرقة الأساسية بين سلطات الضبط الإداري العام و الخاص[495].

1 – سلطات الضبط الإداري العام

494- تتمثّل سلطات الضبط الإداري العام في:

أولا- رئيس الجمهورية وبتفويض منه الوزير الأول، وذلك على أساس الفصل 53 من الدستور الذي يقتضي أنه : " يسهر رئيس الجمهورية على تنفيذ القوانين و يمارس السّلطة الترتيبية العامة "، وهو ما يخوّل لهذه السّلطة القيام بما يلزم من أعمال للحفاظ على النظام العام على كامل تراب الجمهورية.

ونتبّه في هذا الإطار إلى الفوارق الجوهريّة بين السلطة الترتيبيّة وسلطة الضبط الإداري، إذ تبدو الأولى أوسع مدى من الثانية، بحيث لا يوجد تطابق كامل بين التراتيب العامة وأعمال الضبط، فلا يقف الاختصاص الترتيبي لرئيس الجمهوريّة عند حدود الضبط الإداري، بل يتجاوز ذلك ليشمل مختلف جوانب العمل الإداري

---

[495] حول هذه التفرقة الأساسية راجع :
J. Rivero et M.Waline- *Droit administratif*, op.cit.,n° 454
Y. Ben Achour-*Droit administratif*, op.cit, n°s 349 et suiv.

ثانيا- الوالي الذي يمارس سلطات ضبط ذاتية في حدود دائرته الترابية، وذلك على أساس الفصلين 12 و21 من القانون الأساسي المؤرخ في 13 جوان 1975

ثالثا – رئيس البلدية الذي خوّل له الفصل 81 من القانون الأساسي للبلديات اتّخاذ التراتيب اللازمة لتحقيق " الراحة والصحّة العامة... وكل ما يهم أمن العموم "، غير أن اختصاصه في مجال الأمن العام البلدي يبقى مقيّدا بما أسنده قانون 13 جوان 1975 من اختصاص منافس للوالي[496]

أما وزير الداخلية الذي يرى جانبا من الفقه أنه يتمتّع بهذه السّلطة[497] ، فإنه لا يمارس اختصاصات ذاتية، وإنما يمثّل السلطة الرئاسيّة بالنسبة لمختلف الأعوان التابعين لوزارة الداخليّة، وبهذه الصفة بإمكانه توجيه الأوامر والتعليمات إلى الولاة في مجال الضبط الجهوي.

2- سلطات الضبط الإداري الخاص

495- تمارس سلطات الضبط الإداري الخاص من طرف هياكل غالبا ما تكون أجنبيّة عن السّلطات المزوّدة باختصاص الضبط الإداري العام.

على أن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ بإمكان سلطات الضبط العام أن تتدخّل في مجال الضبط الخاص وذلك بمقتضى اختصاص مسند، ومثال ذلك ما خوّله القانون عدد 68 المؤرّخ في 23 جويلية 1994 من اختصاص للوالي يتمثّل في السهر على نظام أسواق الإنتاج والجملة والتوزيع بالتفصيل في مجال الفلاحة والصيد البحري.

وتتعلّق تراتيب الضبط الخاص إمّا بفئة معينة من الأفراد، كالتراتيب المتعلّقة بإقامة الأجانب التي تعود إلى وزير الداخلية، وإمّا بنشاط محدّد، كتراتيب الصيد التي تعود إلى وزير الفلاحة.

---

[496] انظر في هذا الشأن: البشير التكاري- مدخل إلى القانون الإداري، المرجع سابق الذكر، ص. 266-269

[497] انظر في هذا الاتجاه: I. Saouli- *Ordre public et liberté,* op. cit., p. 333 et suiv.

ب- أعوان الضبط الإداري

496- يقصد بأعوان الضبط الإداري مجموعة الأعوان المدنيين المتمثّلين في مختلف أصناف قوات الأمن الداخلي (أعوان الشرطة والحرس الوطني) وحتّى الأعوان العسكريين عندما تقع دعوتهم للمشاركة في الحفاظ على النظام العام.

بالإضافة إلى ذلك يوجد في المستوى المحلّي سلك خاص يعرف بسلك مراقبي التراتيب البلدية مكلّف " بالسهر على تحقيق الراحة والصحة العمومية طبقا لأحكام الفصل 74 من القانون الأساسي للبلديات"[498].

الفرع الثاني : المعنى الوظيفي للضبط الإداري

497- يعتمد الرأي الغالب في الفقه[499] وفقه القضاء[500] المعنى الوظيفي للضبط الإداري، وطبقا لهذا المفهوم يتمثّل الضبط الإداري في أحد أشكال النشاط الإداري الذي يهدف إلى الحفاظ على النظام العام داخل المجتمع.

ويبرز هذا التعريف الخصائص الجوهريّة لهذا النشاط من حيث صبغته الوقائية من جهة، ومن حيث أهدافه من جهة أخرى.

الفقرة الأولى : الصبغة الوقائية للضبط الإداري

تعتمد الصبغة الوقائيّة للتمييز بين الضبط الإداري والضبط العدلي (أ) وهو تمييز لا يخلو من صعوبات في مستوى التطبيق(ب)

---

[498] الفصل الثالث من الأمر عدد1728 المؤرخ في 28 سبتمبر 1992 المتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص بأعوان سلك مراقبي التراتيب البلدية.

[499] انظر: J. Rivero et J.Waline, *Droit administratif,* op. cit., n° 453

البشير التكاري – مدخل إلى القانون الإداري، المرجع السابق، ص.254.

[500] نجد هذا التوجه مثلا في قرار (الزيادي) الذي اعتبرت فيه المحكمة الإدارية:" أنه من الثابت فقها وقضاء أن لرئيس البلدية حقّ اتّخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على سلامة المتساكنين وراحتهم وأمنهم داخل المنطقة البلدية " (م.إ.، تس.، 14 جويلية 1986، عدد998، عبد المجيد الزيادي / رئيس بلديّة جربة، م.، ص.286.)

أ-التمييز بين الضبط الإداري والضبط العدلي

498- لئن كان الضبط الإداري يهدف إلى منع كلّ ما من شأنه أن يشكّل إخلالا بالنظام العام، فإن الضبط العدلي يتمثّل في معاينة المخالفات والبحث عن مرتكبيها، وهو مَا يتأكد بالرجوع إلى الفصل التاسع من م.إ.ج. الذي يقتضي أن: " الضابطة العدلية مكلّفة بمعاينة الجرائم وجمع أدلتها والبحث عن مرتكبيها وتقديمهم للمحاكم ما لم يصدر قرار في افتتاح البحث".

ولهذا التمييز أهمّية قصوى في مستوى التطبيق إذ أن الصنف الأول من الضبط يعود إلى السّلطة التنفيذية ويخضع في نزاعاته إلى اختصاص القاضي الإداري، أما الصنف الثاني فهو يتبع السّلطة القضائية ويعود بالنظر إلى القاضي العدلي.

499- ويقوم معيار التمييز بين النشاطين على عنصر الغاية، فمن هذه الزاوية تبرز الصبغة **الوقائية** للضبط الإداري الذي يهدف إلى تفادي حصول الأعمال المخلّة بالنظام العام أو إلى وضع حد لها متى حصلت، في حين أن نشاط الضبط العدلي يكتسي صبغة **زجرية** ويهدف إلى تتبّع المخالفات المرتكبة أو الأفعال التي يعتقد فيها أنها ستؤول إلى ارتكاب مخالفة[501].

ولا يجب الأخذ بفكرتي الزجر والوقاية على إطلاقها، إذ أن الضابطة العدلية لا تنظر في المخالفات ولا توقّع العقوبات، وإنما تمهّد فقط السبيل أمام تدخّل القاضي الجزائي، في حين أن الضبط الإداري لا يقف عند تفادي الأعمال المخلّة بالنظام العام، بل يتواصل بعد ذلك باتّخاذ التدابير اللازمة لتوطيد النظام العام.

[501] راجع مثلا حول معيار التمييز بين الضبط الإداري والضبط العدلي:
TC, 07 juin 1951, *Dame Noualek*, Rec., p. 636
CE, 08 mars 1963, *Masetti*, RDP, 1963, p. 297

ب- صعوبة التمييز

500- يصعب إعمال هذا المعيار في مستوى واقع العمل الإداري نظرا للتداخل الذي يوجد بين هياكل الضبط، فرئيس البلدية مثلا يمارس اختصاصات هامة في مجال الضبط الإداري وله أيضا صفة المأمور العمومي، أمّا أعوان الضبط فأغلبهم يتبع في الآن نفسه جهاز الضبط الإداري وجهاز الضبط القضائي، فكيف يمكن التمييز بين مختلف الأعمال التي تتولاّها هذه السلطات ؟ فشرطي المرور عندما يكتفي بإعطاء الإشارات في نطاق السهر على تنظيم حركة المرور يمارس مهامه في نطاق الضبط الإداري وحينما يضبط سائقا مخالفا ويحرّر محضرا في المخالفة فإنه يتحوّل إلى سلطة ضبط عدلي.

ويجب أن نضيف الملحوظتين التاليتين :

1- أن مفهوم الضبط العدلي قابل للتوسّع، إذ لا يقتصر على ضبط المخالفات المرتكبة، بل يشمل جميع الأعمال التي تهدف إلى معاينة **مخالفة معينة** سواء أكانت هذه المخالفة "حقيقية أو مفترضة، مرتكبة أو على وشك الارتكاب"[502]، فسلطة الضبط التي تقرّر رفع سيارة كانت راسية في وضع شرعي، ظنّا منها أن مكان الإرساء محجّر تكون قد قامت بعمل من أعمال الضبط العدلي، لأن الغاية من الإجراء المتّخذ إنما هي معاينة وتتبع المخالفة المفترضة[503].

2- لا يتقيّد القاضي الإداري في تقديره بظاهر النصوص، بل يتجاوز ذلك ليهتمّ بجوهر الإجراء، فإذا تبين له من ظروف الحال أن قرار حجز جريدة يومية " لم يكن يهدف إلى معاينة جريمة أو جنحة ضد أمن الدولة الداخلي أو الخارجي وإحالة مرتكبيها على المحاكم الجزائية المختصة وإنما إلى منع نشر المقالات المدرجة بها بإقليم الجزائر فإن قرار الحجز هذا يكون له في الحقيقة صبغة القرار

[502] R. Chapus- *Droit administratif général*, op.cit, p. 739.
[503] CE, 18 mai 1981, *Cons. Ferran*, RDP, 1981, p.1464.

الإداري"، بالرغم من استناد صاحب القرار في أسبابه إلى مجلة الإجراءات الجزائية العسكرية[504].

الفقرة الثانية : أهداف الضبط الإداري

يرمي الضّبط الإداري كما أسلفنا إلى الحفاظ على النظام العام، وتتميّز هذه العبارة بجملة من الخصائص (أ) ولها محتوى محدّد(ب)

أ – خصائص النظام العام

501– يتميّز النظام العام أساسا بصبغته المادية والخارجيّة، ويعود الفضل في إبراز هذه الخصائص الجوهرية إلى الفقيه (*M. Hauriou*) الذي يرى" أن النظام العام في إطار الضبط الإداري إنما هو النظام المادي والخارجي"[505].

1) الصبغة المادية للنظام العام

502– تعني هذه السمة في الأنظمة الليبرالية أن الأفراد أحرار في أفكارهم ومعتقداتهم، وأنه لا يدخل في مشمولات الضبط اتّخاذ الإجراءات التي من شأنها النيل من هذه الحرّيات، ولكن، إذا أدّت الممارسة لحقوق الأفراد إلى الإخلال بالنظام العام، وذلك بالقيام بما من شأنه أن يحدث اضطرابات داخل المجتمع فإن اللجوء إلى وسائل الضبط يكون مشروعا، فلئن كان الجمهور حرّا في التعبير عن فرحه لانتصار فريقه أو أسفه لانهزامه في المباريات الرياضية، فإن شكل هذا التعبير الخارجي لا يجب أن يتجاوز الحد المعقول ليمثّل خطرا على أمن الناس وممتلكاتهم، وإلا جاز اللّجوء إلى وسائل الضبط الإداري.

2) الصبغة الخارجيّة للنظام العام

503– لا يمكن للضبط الإداري أن يمتدّ مبدئيا إلى المقرّات الخاصة إلا إذا كان النشاط الذي يتولاّه الأفراد يتجاوز هذا الفضاء الداخلي ليصل إلى الفضاء العمومي ويتحوّل إلى مصدر إزعاج للغير، كاستعمال المضخّمات الصوتية بمناسبة

[504] CE, 24 juin 1960, *Société Frampar*, GAJA, n° 80

[505] M. Hauriou- *Précis de droit administratif*, op. cit., p.549.

الحفلات الخاصة، فالصبغة الخارجيّة تعني إذن أن تدابير الضبط تكون لها صبغة غير محدّدة، لا تستهدف حماية مصالح أو أشخاص محددين وإنما مصدر الإخلال ذاته، أيا كانت الأشخاص المعنية وأيا كانت الظروف التي كانت وراء هذا الإخلال.

ب– محتوى النظام العام

يقوم النظام العام على ثلاثية أساسية : الأمن العام والصحة العامة والراحة (أو السكينة) العامة.

1– الأمن العام

504– يقصد بالأمن العام أمن الأفراد وأمن المجتمع وأمن الدولة معا، ويمثل الأمن العام العنصر الأساسي في الضبط الإداري لما له من أهمية على استقرار الحياة الاجتماعيّة، ويمكن أن نتصوّر بسهولة ما سيحدث من اضطرابات داخل المجتمع لو أباحت السلطة العامة كافة مظاهر التطرّف.

2– الراحة العامة

505– يمكن تعريف الضبط الإداري في مجال الراحة العامة بأنه جملة التدابير التي تتّخذها السّلطة المختصّة لغاية المحافظة على راحة أفراد المجتمع، والتي تتمثّل في مقاومة جميع مصادر الضجيج التي من شأنها أن تكدّر صفو الراحة العامة، فالضبط الإداري هنا يهدف إلى ضمان تمتّع الأفراد بالسكينة والهدوء اللازمين لكلّ الناس، ويتم ذلك بمنع كل ما من شأنه أن يحدث الهرج والتشويش بالأماكن العمومية، ففي مجال الحفاظ على راحة السكّان داخل المناطق العمرانيّة يجوز لسلطات الضبط الحدّ من الاستعمال المفرط للمنبّهات الصوتية من طرف قائدي وسائل النقل.

3– الصحة العامة

506 – تسهر سلطات الضبط على الوقاية من الأمراض والأوبئة، وتراقب سلامة المواد الغذائية والتجهيزات الصحية للمحلاّت المفتوحة للعموم، وتمنع جولان الحيوانات الضارة...)، ويلاحظ هنا تداخل سلطات الضبط البلدي مع

سلطات الضبط الوطني الخاص وتقلّص الاختصاص البلدي في مقابل التوسّع في الاختصاص الراجع لمختلف هياكل الدولة، ويوفّر قطاع التطهير والصحّة وحماية البيئة خير دليل على ذلك.

507- وعموما يجب التأكيد على أن النظام العام له محتوى متغيّر في المكان والزمان، إذ يرتبط مباشرة بالعوامل الحضارية والثقافية والاجتماعية، ففي الوقت الحاضر يقتضي الحفاظ على الأمن العام اتّخاذ تدابير جديدة لا مثيل لها في الماضي، ففي مجال تنظيم حركة المرور نلاحظ صدور الأمرعدد155 المؤرخ في24 جانفي 2000 الذي يخوّل لأعوان الضبط اعتماد وسائل جديدة لمراقبة حركة المرور، كآلات "الرّادار" وقيس التلوّث، أو التحاليل الطبية لقيس نسبة الكحول في الدم.

508- ويلاحظ توسّع المحكمة الإداريّة في تحديد مفهوم الضبط الإداري وذلك بإقحامها مدلولات جديدة تتجاوز حدود الثلاثية التقليدية تتعلّق بالبيئة وبجماليّة المدينة وتعتبر "أن مظهر المدينة وجمالها" يندرجان ضمن محتوى الضبط البلدي "[506]، وقد انتهى المشرّع إلى تكريس هذا التوجّه عند مراجعة الفصل 81 جديد من القانون الأساسي حيث أضاف إلى أهداف الضبط المحلي التقليديّة "المحافظة على إطار عيش سليم يسمح للإدماج الملائم للمتساكنين في محيطهم"[507] وكذلك "المحافظة على الجمالية الحضريّة بالشوارع والساحات والطرقات والفضاءات العموميّة والخاصة مع احترام الخصوصيّات العمرانيّة والمعماريّة والتاريخيّة والبيئيّة للمنطقة البلديّة "[508].

509- كما تطرح في مجال الضبط إشكاليّة شرعية الأعمال التي تهدف إلى حماية الأفراد من أنفسهم، بفرض التزامات تهدف إلى منع تصرّفات تمثّل خطرا

[506] م.إ.، تس 15 فيفري 1982، عدد 451، الغرفة النقابية لشركات الإشهار/ بلدية تونس، أ.ك.، رقم 16، ص 257؛ انظر أيضا: م.إ.، اب.، تس.، 28 أفريل 2006، عــدد 113262، محــرز كشك ومن معه/ بلدية بنزرت، غير منشور

[507] بمقتضى القانون عدد 68 المؤرّخ في 24 جويلية 1995 المنقح للفصل 74 للقانون الأساسي

[508] بمقتضى الفقرة السابعة من الفصل 81 جديد من القانون الأساسي

على سلامتهم، ومثال ذلك حمل الخوذة من طرف سائقي الدراجات النارية، أو ربط حزام الأمان من قبل راكبي السيارات، أو عدم استعمال الهاتف الجوّال عند قيادة العربات[509].

وبالرجوع إلى فقه القضاء نلاحظ أن مجلس الدولة قد أقرّ شرعية هذه الأعمال بمناسبة النظر في طعن موجه ضد قرار إداري يقضي بمنع تنظيم فرجة رمي الأقزام لما تمثّله من مس بكرامة الإنسان وخطر على سلامته[510].

المبحث الثاني : نظام الضبط الإداري

510- يثير نظام الضبط قضية الموازنة الصعبة بين السّلطة والحرّية، وباستقراء الحلول المعتمدة للتوفيق بين هذه المقتضيات المتضاربة يتضح أنها تختلف من مجتمع لآخر بقدر الأولوية المسندة لأحد عناصر الموازنة، ففي الأنظمة الليبرالية تعتمد القاعدة التي مفادها أن الأصل هو الحرية والاستثناء هو القيد من الحرية[511]، وبالتالي فإن أعمال الضبط لا تكون شرعية إلا بقدر ما تفي بالحاجة إلى الحفاظ على النظام العام وفرض الانضباط اللازم داخل المجتمع دون أن تتجاوز القدر الذي يسمح بذلك لتصبح أداة للتعسّف والاعتداء على الحريات الأساسية للأفراد، أمّا في الأنظمة الاستبدادية فإن القوانين عادة ما ترجّح كفّة السلطة بوضع قيود تحول دون الممارسة العادية للحريات الأساسيّة، فيكون من الحتمي أن تصطبغ أعمال الضبط بالطابع السّلطوي بحكم أنها تهدف في النهاية إلى تنفيذ قوانين البلاد...

وأيّا كان الشأن فإن عرض نظام الضبط الإداري يقتضي توضيح أساليب الضبط وبيان حدوده.

[509] حول جملة هذه المسائل انظر: M.Waline- *le droit administratif et la sécurité routière*, Mél. Stassinopoulos, (1974), p.1

[510] CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang*, Rec., p. 372, Concl.Frydman, GAJA n° 100

[511] Concl. Corneille sous CE, 10 août 1971, *Baldy*

الفرع الأول : أساليب الضبط الإداري

يتعيّن التمييز بين أعمال الضبط الإداري قبل استعراض حالات التنافس بين مختلف سلطات الضبط

الفقرة الأولى : أعمال الضبط

511- تنقسم أعمال الضبط إلى ثلاثة أشكال أساسيّة: التراتيب والقرارات الفردية والأعمال المادية

أ- تراتيب الضبط

512- يقصد بتراتيب الضبط الأعمال ذات الصبغة العامة والمجرّدة التي تهدف إلى تنظيم الممارسة الفردية أو الجماعية للحرّيات الأساسيّة، وتجدر الإشارة إلى أن قواعد الضبط قد تصاغ أيضا في شكل نصوص قانونية تتولى سلطات الضبط تطبيق مقتضياتها، وغالبا ما تكون مخالفة هذه الأعمال موجبة لعقاب جزائي، ويمكن أن نذكر من بين هذه التراتيب:

– التراخيص المسبّقة (ضرورة الحصول على رخصة سياقة لقيادة العربات[512]، ضرورة الحصول على قرار في الترخيص من وزير الداخلية لتأسيس حزب سياسي)[513]

– والتصاريح المسبّقة (لا يمكن تأسيس جمعية[514]، أو نشر جريدة[515]، أو تنظيم اجتماع عمومي[516]، أو مظاهرة[517]، إلا بعد التصريح بذلك لدى السّلطة المختصّة)

[512] الفصل 77 من مجلة الطرقات

[513] الفصل 8 من القانون الأساسي عدد 32 المؤرخ في 3 ماي 1988 المتعلق بالأحزاب السياسية.

[514] الفصل 3 من قانون 7 نوفمبر 1959 المتعلّق بالجمعيات كما وقع تنقيحه بالقوانين الأساسية اللاحقة

[515] الفصل 13 من قانون الصحافة المؤرخ في 28 أفريل 1975

[516] الفصل 2 من قانون 24 جانفي 1969 المتعلق بتنظيم الاجتماعات العمومية والمظاهرات

[517] الفصل 9 من قانون 24 جانفي 1969

– والمحظورات (منع الأفراد من القيام بنشاط معين، منع الأجانب من الإقامة بالبلاد أكثر من مدّة محدّدة، منع الصيد خارج الموسم المحدّد لذلك، منع العربات من التوقف في أماكن معيّنة).

ب- القرارات الفردية

513- تكون التدابير الفردية للضبط مؤسّسة على قاعدة عامة، ومثال ذلك منع مظاهرة بالطريق العام، أو منع اجتماع بمكان عمومي، فهذه القرارات تتّخذ على أساس القوانين التي تنظّم ممارسة هذه الحرّيات الأساسيّة، والأصل أن تكون هذه القرارات مكتوبة، غير أنه يمكن أن تتّخذ أيضا الشّكل الشفوي أو السّمعي (صفارة البوليس)، وحتّى الإشارة اليدوية (رفع اليد من طرف شرطي المرور للأمر بالتوقّف) أو الآلية (الضوء الأحمر أو نزول الحاجز الآلّي لمنع اجتياز مقطع سكة حديدية في انتظار مرور قطار).

ج- الأعمال المادية

514- يجوز لسلطات الضبط اللّجوء إلى القوّة المادية قصد تفادي التصرّفات التي من شأنها الإخلال بالنظام العام أو وضع حدّ لهذا الإخلال، في هذا الإطار تجد طرق التنفيذ المباشر والتنفيذ الجبري مجالا واسعا للتطبيق[518].

ويمكن أن تصل هذه التدابير في حالات قصوى إلى استعمال الأسلحة، على أنه يجب في هذه الحالة مراعاة الشروط القانونية والترتيبية التي تجيز اللّجوء إلى هذه الوسائل الخطرة.

فيلاحظ مثلا بالنسبة لحالة التجمهر في تونس أن الفصل 15 من القانون عـــدد4 لسنة 1969 المؤرخ في 24 جانفي 1969 المتعلق بالاجتماعات العامة والمواكب والاستعراضات والمظاهرات والتجمهر يقتضي : " يشتّت التجمهر بالقوّة من طرف أعوان الأمن..."، ويضيف الفصل 21 أنه في صورة رفض المتجمهرين التفرّق رغم الإنذار الموجّه لهم يجوز استعمال الوسائل التالية لتشتيتهم:

[518] على سبيل المثال، ما نصّ عليه الفصل 84 من قانون التهيئة الترابية والتعمير الصادر بمقتضى القانون المؤرخ في 28 نوفمبر 1994، حول هذه المسألة بصفة عامة، انظر : فدوى المصمودي- التنفيذ الجبري في القانون التونسي، المرجع سابق الذكر

- الرشّ بالماء أو المطاردة بالعصا
- الرمي بالقنابل المسيلة للدّموع
- طلق النار عموديا في الفضاء لتخويف المتجمهر
- طلق النار فوق رؤوسهم
- طلق النار صلب أرجلهم

الفقرة الثانية : التنافس بين سلطات الضبط

515- لئن كانت مسالك الضبط الإداري مختلفة فهي تؤدي إلى نقاط تقاطع عديدة بحكم أنها تنصبّ على تراب واحد، لذا فإن التنافس بين مختلف سلطات الضبط الذي يبدو أمرا حتميا يتخذ الصور الثلاثة التالية: التنافس بين سلطات الضبط الإداري العام والتنافس بين سلطات الضبط الإداري العام والخاص والتنافس بين سلطات الضبط الخاص

أ-التنافس بين سلطات الضبط الإداري العام

516- تؤدي ممارسة سلطات الضبط الإداري العام على تراب واحد إلى تلاقي تدابير الضبط على موضوع واحد، فكيف يمكن تفادي التضارب والغموض الذي قد ينشأ عن توارد هذه السّلطات ؟ فلئن كان بإمكان رئيس الجمهورية اتّخاذ كافة التراتيب لمقاومة مظاهر الضجيج على كامل تراب الجمهورية فهل يمكن لرئيس البلدية أن يتدخّل في هذا المجال باتّخاذ تدابير تكون أكثر تلاؤما مع الظروف المحلية ؟

في هذا الإطار تطبّق القاعدة الأساسية التي أقرّها فقه القضاء الفرنسي في مجال قانون الطرقات والتي مفادها أن التدابير المتّخذة من طرف سلطات الضبط الوطنية تلزم سلطات الضبط المحلية التي لا يمكن لها أن تخفّف من حدّتها، دون أن يعني ذلك منعها مطلقا من التشديد فيها، وذلك باتّخاذ إجراءات تبدو أكثر تناسبا مع الظروف المحليّة[519]، وقد أقرّ المشرّع التونسي هذه القاعدة ضمن الفصل 119 من مجلّة الطرقات لما اقتضى أنه " لا تمنع أحكام هذه المجلّة السلطات البلديّة من

519 C E, 7 juin 1902, *Commune de Néris-les Bains*, GAJA, n° 10

اتخاذ تدابير أشدّ صرامة من التدابير الواردة بهذه المجلّة وذلك في حدود ما لها من نفوذ وكلّما اقتضت ذلك مصلحة الأمن والنظام العام ".

ب- التنافس بين سلطات الضبط الخاص والعام

517- إن تعدّد وتشعّب النصوص في مختلف أوجه النشاط الإداري (الاقتصاد، الصحّة، التعليم، النقل، الثقافة...) يؤدي إلى التدخّل المكثّف لسلطات الضبط الإداري الخاص في الشؤون البلدية على حساب الاختصاص العام الراجع لسلطات الضبط المحلي، ويتأكّد ذلك بالرجوع إلى ما استقرّ عليه فقه قضاء المحكمة الإدارية في هذا الشأن، فالقاضي الإداري يعتبر هنا أن الاختصاص يعود بصفة أوليّة إلى سلطات الضبط الإداري الخاص، تقول المحكمة في هذا المعنى: " وحيث دأب عمل هذه المحكمة في صورة توارد سلطتي الضبط الإداري العام والخاص على إيلاء الأولوية لسلطة الضبط الإداري الخاص دون منع سلطة الضبط الإداري العام من ممارسة اختصاصها". على هذا الأساس يكون قرار رئيس البلدية القاضي بغلق محلّ الطاعن المعدّ لتعليم سياقة السيارات لمخالفته تراتيب الضبط الخاص المسندة إلى وزير النقل متّسما بتعدّ على اختصاص هذه السلطة ومعرّضا للإلغاء[520].

ج- التنافس بين سلطات الضبط الخاص

518- إذا تواردت سلطات ضبط إداري خاص مختلفة لا بدّ لكل سلطة أن تتقيّد بحدود اختصاصها، دون التعدّي على صلاحيات السّلطة الأخرى، فلا يمكن أن تحلّ سلطة محلّ سلطة أخرى، أو أن تتعدّى سلطة على اختصاص سلطة أخرى.

الفرع الثاني : حدود الضبط الإداري

519- ان أعمال الضبط هي قبل كل شيء أعمال إدارية تخضع بالتالي للشروط العامة للشرعية التي تخضع لها بقية الأعمال الإدارية[521]، ومع ذلك فإن

520 م.إ.، تس.، 17 أكتوبر 1997، 4102، سالم التاجوري / بلدية الساحلين، م. ص 418

521 انظر : R. Chapus- *Droit administratif général*, op. cit., n° 929

خصوصية المادة قد دفعت بالقاضي الإداري إلى استحداث شروطا مميّزة تنطبق على الإدارة كلّما قرّرت اللجوء إلى وسائل الضبط الإداري.

الفقرة الأولى : الشروط العامة للشرعية في مجال الضبط الإداري

520- إنّ تطبيق مبدأ الشرعية في مجال الضبط يعني أن أعمال الضبط تخضع لرقابة القاضي الإداري الذي يعود له التثبت من مدى مطابقتها للقواعد العامة للشرعيّة توصّلا إلى إلغائها أو إلى ترتيب مسؤوليّة الأشخاص العموميّة عنها

أ- قاعدة الاختصاص

521- تجد هذه القاعدة مجالا واسعا للتطبيق في حالة تعدّي سلطة الضبط البلدي على الاختصاص الراجع لسلطات الضبط الخاص، كأن يتّخذ رئيس البلدية قرارا يقضي بغلق محلاّ تجاريا[522]، وتطبّق هذه القاعدة أيضا كلّما دعت الضرورة إلى البحث عن الطبيعة القانونية لإجراء الضبط المعني بالنزاع، وهل أنه يندرج في نطاق الضبط الإداري أم في نطاق الضبط العدلي، لما لهذا الأمر من تأثير على الاختصاص القضائي وعلى القانون المنطبق[523].

ب- قاعدة الإجراءات الشكلية الجوهرية

522- يقع تطبيق هذه القاعدة خاصة في مجال الضبط الخاص حيث تحدّد النصوص بكلّ دقّة الإجراءات التي يجب على سلطات الضبط مراعاتها قبل اتّخاذ القرار، ونذكر على سبيل المثال الآراء التي تبديها اللجان الفنية الاستشارية لسحب رخص السياقة المحدثة بمقتضى الأمر عــدد141 المؤرخ في 18 جانفي 2000 كما وقع تنقيحه بالأمر عــدد1892 المؤرخ في 24 أوت 2000.

[522] م.إ.، تس.، 18 أفريل 1988، عدد 1317، الهاشمي العلاني / رئيس بلدية سوســة، م.ص، 51 وم.إ.، تس.، 17 أكتوبر 1997، عدد 4102، سالم التاجوري سابق الذكر.

[523] TC, 07 juin 1951, *Dame Noualek* précité

الفقرة الثانية : الشروط الخاصة للشرعية في مجال الضبط الإداري

523- يقتضي مبدأ الشرعيّة أن تكون أعمال الضبط مطابقة للقواعد القانونية العليا[524]، وإضافة إلى ذلك يلاحظ أن القاضي الإداري قد وضع قيودا خاصة في هذا المجال من شأنها أن تحدّ من سلطات الضبط لما تمثّله من خطورة على حريات الأفراد.

ويتجلى ذلك من خلال آليات الرقابة التالية :

أ- الرقابة على الأهداف: حدود النظام العام

524- تكتسي الرقابة على الأهداف أهمّية بالغة في مجال الضبط الإداري نظرا للطابع الغائي لهذه المؤسّسة الذي يفرض على القاضي المختص الخوض في مقاصد الضبط والبحث في مدى تقيّد السلطات المختصّة بالحدود المرسومة لها من المشرّع، فعمومية النصوص التي تنظم هذا الاختصاص لا تعني إطلاق يد الإدارة في اتخاذ ما تراه صالحا من تدابير للحفاظ على النظام العام، إذ أن الاختصاص الراجع لها في مجال الضبط يبقى اختصاصا مقيدا خلافا لما ذهب إليه البعض[525]، فتكون الإدارة ملزمة بالتدخّل كلّما دعت الضرورة إلى ذلك دون إمكانية الامتناع عن ممارسة الاختصاص المسند لها بمقتضى القانون ضرورة أن النظام العام يمثّل هنا شرطا من شروط الشرعيّة[526]، فرئيس البلدية عندما يتخذ قرارا يقضي بإلزام العارض بإخلاء محلّ سكناه من الكلبين "من أجل تسبّبهما في الإضرار براحة جيرانه والمس بأمنهم وصحتهم نتيجة النباح والروائح الكريهة وانقضاض الكلبين في أكثر من مناسبة على البعض منهم" يكون قد مارس اختصاصا مقيّدا يهدف إلى الحفاظ على راحة وأمن سكان العمارة[527]، على هذا الأساس نرى القاضي الإداري

[524] انظر الباب الثاني من الجزء الرابع أسفله

[525] لا يمكن اعتبار الاختصاص الراجع للإدارة في هذا المجال من قبيل السلطة التقديرية، انظر في هذا الاتجاه :

Y. Ben Achour- *Droit administratif*, op. cit., n° 387

[526] م.إ.، تس.، 25 أفريل 1988، عدد 1157 توفيق بن قدرية/ رئيس بلدية حمــام الأنــف، م.ص. 53.

[527] م.إ.، اب.،تس.، 16 جوان 2004، عدد 1/11293، محمد الغربي / رئيس بلدية أريانة، غير منشور

حريص على تطبيق رقابة واسعة تهدف إلى التحقّق من مدى تقيّد الإدارة بالأهداف الشرعيّة، ففي قرار(الهذيلي) قضت المحكمة بإلغاء قرار غلق محلّ تجاري على أساس خروجه عن أهداف الضبط واستهدافه مصلحة شخصية تتمثّل في "حماية مصلحة مالك العقار الذي يستغله العارض على وجه التسويغ"[528]، وفي مجال الضبط الإداري الخاص" تكون سلطة الإدارة (...) مقيّدة بمبرّرات المحافظة على الأخلاق الفاضلة أو الصحّة أو الأمن العام دون غيرها "، وبالتالي فإن قرار رفض الترخيص للعارض في إدارة معهد حرّ الذي يستند إلى اعتبارات أخرى يكون متّسما بعدم الشرعيّة[529].

ب- الرقابة على الوسائل: قاعدة الضرورة في إجراءات الضبط

525- تمثّل هذه القاعدة نتيجة مباشرة للمبدأ العام في مجال تنظيم الحريات الأساسية الذي يعتبر أن" الحريّة هي القاعدة والقيد هو الاستثناء"[530]، و بالتالي لكي تكون تدابير الضبط مطابقة للشرعية القانونيّة يجب أن تكون ضرورية للحفاظ على النظام العام، لذا نرى المحكمة الإداريّة تراقب عن قرب الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة كلّما كانت تستهدف حريّة من الحرّيات الأساسيّة.

526- ويتسم القضاء الإداري في هذا الشأن بتحفّظ مبدئي إزاء الموانع العامة والمطلقة؛ تقول المحكمة الإدارية في هذا الشأن : "وحيث أن الصيغة العامة التي يكتسيها القرار المنتقد تجعله يمسّ بمبدأ حرّية التجارة والصناعة وترتيبا على ذلك فإن العارضة محقّة في طلب إلغائه"[531]، كما تتردّد الحيثية التالية في العديد من القرارات التي انتهت إلى التصريح بعدم شرعية الإجراءات المتضمنّة غلق المحلاّت التجارية: " إن ممارسة سلطة الضبط الإداري العام يجب أن تتمّ لردّ خطر محدّق وأن تقتصر آثاره على إيقاف النشاط وقتيا وليس نهائيّا"[532].

[528] م.إ.، تس، 13 جويلية 1987، عدد 1282، محمد بن فرج الهذيلي/رئيس بلدية مساكن، ص 389

[529] م.إ.، تس.، 23 ديسمبر 1987، عدد 1384، محمد علي الخليفي / وزير التربية و العلـوم، م.، ص. 412

[530] م. إ.تس.، 15 مارس 1995، عدد 3879، شركة كريشان وأولاده / رئيس بلدية القصرين، غير منشور

[531] م.إ.، تس.، 15 فيفري 1982، الغرفة التجارية لشركات الإشهار سالف الذكر

[532] م.إ.، تس. 18 أفريل 1988، الهاشمي العلاني/ رئيس بلدية سوسة سابق الذكر

وتؤدي هذه الآلية المميّزة لنظام الضبط إلى البحث في مدى تناسب التدابير المتّخذة مع الظروف التي كانت وراء صدورها، فظروف المكان والزمان ووسائل الضبط لها جميعا تأثير مباشر على شرعية قرار الضبط، ففي قضية (*Benjamin*) مثلا نرى مجلس الدولة يلغي قرار منع محاضرة على أساس أن الاضطراب المتوقّع من جرّاء إلقائها لم يكن من قبيل الاضطراب الذي لم يكن بالإمكان التحكّم فيه باعتبار ما كان بحوزة الإدارة من وسائل للحفاظ على النظام العام في ذلك الوقت[533]، وقد اتّخذت المحكمة الإدارية هذا المنحى في قرار(شركة كريشان) حيث اعتبرت أن وسائل الضبط المستخدمة قد تجاوزت الحدّ اللاّزم للحفاظ على النظام العام[534]، كما قضت في قرار (الغرفة النقابية لشركات الإشهار) سالف الذكر بأنه " لا يستنتج من أوراق القضية أن مظهر المدينة وجمالها يستدعيان إزالة كل هذه اللافتات وعدم الترخيص في انتصابها بمختلف مناطق العاصمة".

527- ويرى بعض الفقهاء أن الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري في هذا المجال هي رقابة ملائمة[535]، غير أن هذا الرأي مبالغ فيه باعتبار أن تقدير مدى تناسب الوسائل المستخدمة من طرف الإدارة مع الظروف الدافعة إليها يعدّ في مجال الضبط عنصرا من عناصر الشرعية، فتدابير الضبط لا تكون شرعية إلا إذا كانت ضرورية للحفاظ على النظام العام، واللّجوء إلى وسائل الضبط لا يكون شرعيا إلا بقدر ما يكون ضروريا لدفع الخطر الذي يهدّد النظام العام، و بحيث لا يمكن دفعه إلاّ به، وأن يكون متناسبا مع ضرورياته بحسب ظروف وملابسات الحال.

على أن هذا التقدير لا يخلو من اعتبارات ذاتية وهو ما يفسّر اختلاف الحلول من مجتمع إلى آخر وحتى من قاضي إلى آخر.

[533] CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, GAJA, n° 47 et CE, 22 juin 1951,Daudignac, GAJA, n° 68

[534] م. إ.، تس.، 15 مارس 1995، عدد 3879، شركة كريشان وأولاده / رئيس بلدية القصرين، غير منشور؛ وفي نفس المعنى: م.إ.، اب.، تس.، 28 أفريل 2006، عدد 113262، محرز كشك سالف الذكر

[535] P. Delvolvé- *Existe-t-il un contrôle de l'opportunité in" Conseil d'Etat et Conseil constitutionnel* ", LGDJ, Montchrestien, 1988, p.21

الباب الثاني : المرافق العامة

528- تمثّل المرافق العامة الغاية الأولى من النشاط الإداري، فوجود الإدارة في حدّ ذاته لا يمكن تفسيره إلاّ بضرورة تدخّلها لإشباع حاجة من الحاجات العامة، أمّا طبيعة هذه الحاجات فهي مرتبطة ارتباطا وثيقا بسياسات الدولة وبدورها في المجتمع[536].

529- في هذا الإطار تبرز النظريّة الفرنسيّة للخدمات العموميّة التي تعتمد اصطلاح "**المرفق العام**" (*Le service public*) **كوسيلة أساسية لتحقيق المصلحة العامة.**

وللمرفق العام في القانون الفرنسي أثر بالغ الأهمية إذ كانت هذه الفكرة تمثّل في بداية القرن المنقضي المعيار الموحّد للقانون الإداري وللقضاء الإداري، فقد اعتمد جيل كامل من المؤلّفين الكبار، ومنهم على وجه الخصوص (*Duguit* و *Jèze* و *Rolland*) هذه النظرية، وأسّسوا عليها جميع قواعد القانون الإداري، وأصبحت هذه المدرسة تعرّف القانون الإداري بأنه قانون المرافق العامة[537]. ولئن تراجع دور هذه الفكرة في تفسير مفاهيم القانون الإداري تحت تأثير الأفكار السياسية والعوامل الاقتصاديّة[538]، فإنّها **تبقى من العناصر الأساسية المعتمدة في القانون الإداري**[539].

---

[536] حول تطوّر السياسات العامة راجع:
P. Muller- *Les politiques publiques*, PUF, Que sais-je ? 5ème Edit. 2003 et J. B. Auby- *La globalisation, le droit et l'Etat*, Montchrestien, 2003

[537] حول هذه المسألة راجع على وجه الخصوص:
E. Pisier-Kouchner - *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, L.G.D.J., 1972.
J. Rivero – *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, Mél. Mestre, p.461.
J. Chevallier - *Le service public*, PUF, Que sais-je ? 3ème édit., 1994

[538] انظر :
J. L. De Corail - *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, LGDJ , 1954.
R. Latournerie - *Sur un lazare juridique*, EDCE, 1960.
J. Rivéro - *Existe-t-il un critère du droit administratif* ? RDP 1953, p. 279

[539] انظر :
R. Chapus - *Le service public et la puissance publique*, RDP. 1968, p.235.

530- ولا يختلف القانون الإداري التونسي جوهريا عن هذا المنوال، ويعود التشابه في التجارب المعتمدة في البلدين إلى العوامل التاريخية التي أثّرت منذ عهد الحماية ولا تزال تؤثّر في تطوّر القانون التونسي[540].

ويقتضي عرض المرافق العامة تحديد مفهوم المرفق العام (المبحث الأول) قبل تقديم مختلف أساليب تسيير المرافق العامة (المبحث الثاني).

المبحث الأول : مفهوم المرفق العام

إن ضبط مفهوم المرفق العام يحتّم تعريف هذا النوع من النشاط الإداري قبل بيان القواعد الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة

الفرع الأول : تعريف المرفق العام

531- يستعمل اصطلاح " المرفق العام" للدلالة على معنيين اثنين: فقد يقصد به - من وجهة نظر عضويّة - **الهيكل** الذي يتولّى هذا النشاط وقد يقصد به- من وجهة نظر وظيفيّة - **النشاط الخاص الذي تتولاه الإدارة لتحقيق الصالح العام**، وهذا المعنى الأخير هو الذي يعتمد عادة لتعريف المرفق العام، ويقوم هذا

S. Regourd - *Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours*, R.D.P. 1987, p.5.
P. Amselek - *Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente*, A.J. 1968, p.492
J.F. Lachaume- *Réflexions naïves sur l'avenir du service public*, Mélanges Labetoulle 2007, p. 519 et suiv.

[540] حول هذا المفهوم في القانون التونسي انظر :

A. Mestre - *Les services publics de l'administration tunisienne*, Tunis, ENA, 1977
H. Ben Salah - *L'organisation administrative*..., op.cit.
A. Aouij-Mrad - *Droit des services publics*, Tunis, ENA1998
A. Aouij-Mrad et S. Moussa – *La réception de la notion de service public en droit tunisien*, in " *Service public et lien social*", sous la direction de S. Decreton, l'Harmattan, Paris, 1999.
M. B. Letaief- *Les mutations des services publics en Tunisie,* Remald, n° spécial: *Les services publics face aux nouveaux défis*, n° 35, 2002, p. 59-86

التعريف على العناصر الأساسيّة التالية[541] : عنصر **غائي** يتمثّل في **المصلحة العامة** (الفقرة الأولى)، وعنصر **عضوي** يتمثّل في **الارتباط بشخص عمومي** (الفقرة الثانية)، وعنصر مادي يتمثّل في **نظام قانوني مميّز** (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى : المرفق العام والمصلحة العامة

532- إن إحداث مرفق عام يعني بصفة أوليّة أن السّلطات العمومية قد رأت في وقت ما أن حاجة من الحاجات الجماعية قد بلغت درجة من الأهمّية ما يستوجب تدخّلها لكي توفّرها للأفراد، وبطبيعة الحال فإن تقدير هذه الحاجة ومدى اتّصالها بالمصلحة العامة يبقى متروكا لاجتهاد السّلطة العامة.

أ – إحداث المرفق العام وتقرير المصلحة العامة

533- تمثّل المصلحة العامة الركن الصلب في المرافق العامة[542]، فلا يمكن أن نتصوّر قيام مرفق عام دون وجود حاجة من الحاجات المتّصلة بالمصلحة العامة، وهذه الحاجة تكون على قدر من العموميّة والأهمّية وإلا تركت للمشروعات الخاصة. يقول (*G. Jèze*) في هذا الشأن إنّها " أنواع الأنشطة أو الخدمات التي يقدّر الرأي العام في وقت من الأوقات، وفي دولة معيّنة، أن على الحكّام القيام بها، نظرا لأهمّية هذه الخدمة للجماعة، ولعدم إمكان تأديتها على الوجه الأكمل دون تدخّل الحكّام"[543]، ويعود تقرير المصلحة العامة مبدئيا إلى تقدير السلطة العامة التي عليها تقرير ما إذا كانت هذه الحاجة على قدر من الأهمية ما يستوجب تأديتها بصفة كلية وحصريّة من طرف الإدارة أو ترك الخواص يتدخلون إلى جنبها لتلبية هذه الحاجة العموميّة، وعلى أيّة حال فإن هذا التقدير يخضع لرقابة القاضي الإداري الذي يبقى مختصّا بالنظر في مدى توفّر ركن المصلحة العامة في النشاط

---

[541] R. Chapus- *Droit administratif général*, op. cit., n° 626 et suiv.

[542] حول هذا المفهوم راجع:

Rapport public du Conseil d'Etat, " *L'intérêt général*", op. cit.

[543] انظر :

G. Jèze - *Les principes généraux du droit administratif*, Giard, 3ème édit., 1936

المعني بالشأن، وهو المنحى الذي سارت عليه المحكمة الإداريّة منذ بداية عهدها لما نفت الصبغة المرفقيّة في نشاط الرهان على سباق الخيل[544]، ولمّا كان كلّ إحداث لمرفق عام ينجرّ عنه حتما مساس بحقوق الأفراد وحرّياتهم فقد استقرّ الرأي في الفقه على أن هذا الإحداث يجب أن يكون بمقتضى قانون أو بناء على قانون.

534- على أن هذه القاعدة قد تطوّرت بصدور القانون الدستوري المؤرّخ في 27 أكتوبر 1997[545]، فقد تضمّن هذا التنقيح توزيعا جديدا للاختصاص بين السّلطتين التشريعية والترتيبية يتمثّل في تحديد مجال القانون (الفصل 34)، مع ترك بقيّة المواد الخارجة عن مجال القانون إلى اختصاص السّلطة الترتيبية العامة (الفصل 35)، و بما أن إنشاء المرافق العامة لم يرد في قائمة الاختصاصات الراجعة إلى السّلطة التشريعية فإن النتيجة المنطقية لهذا التعديل هي أن نعتبر أن إحداث المرافق العامة قد أصبح من اختصاص السلطة الترتيبية.

535- غير أنه لا يجب الأخذ بهذا التأويل على إطلاقه ضرورة أن الدستور يسند أيضا - وبصفة ضمنيّة - هذا الاختصاص إلى السّلطة التشريعية عندما يقتضي أن تتّخذ شكل قانون النصوص المتعلّقة " بإحداث أصناف المؤسّسات والمنشآت العمومية"[546]، فكلّما يقوم المشرّع بإحداث صنف جديد من المؤسّسات العموميّة مع تكليف هذه المؤسّسة بتسيير مرفق عام، فإنه يحدث بالضرورة مرفقا

544 م.إ.، تس.، 23 جويلية 1976، عدد48 ، المنتصر القليبي / وزيـر الماليّـة، أ.ك. رقـم 2، ص.21.

545 انظر رقم 350-354 أعلاه

546 تجدر الإشارة إلى أن اصطلاح " أصناف المنشآت العموميّة "- خلافا " لاصطلاح أصناف المؤسّسات العموميّة " - الذي جاء به التنقيح الدستوري لسنة 1997 لا يعني شيئا لاستحالة تطبيق معايير التمييز التي بلورها فقه القضاء الإداري في مجال أصناف المؤسّسات العموميّة على المنشآت العموميّة ، حول هذه المسألة راجع:

M.S. Ben Aissa- *Les catégories d'entreprise publique prévues à l'alinéa 2 de l'article 34 de la Constitution tunisienne: conjectures sur une disposition constitutionnelle énigmatique*, Mél. Belaid, CPU 2004, p. 191 et suiv.

جديدا، كما أن إحداث مرافق التعليم والصحّة العمومية والضمان الاجتماعي يعود إلى السّلطة التشريعية بصريح الفقرة الأخيرة من الفصل 34.

ولمّا كان إحداث المرافق العامة له تأثير مباشر على الحرّيات الفردية التي يكفلها الدستور " طبقا للطرق والشروط المبينة بالقانون" فمن الطبيعي أن يعود هذا الاختصاص إلى السّلطة التشريعية[547].

536- وأيّا كان الشأن يجب أن ننتبه إلى أن تدخّل الدولة المكثّف في المجال الاقتصادي خلال القرن المنقضي قد أدخل نوعا من الارتباك على مفاهيم المصلحة العامة والمرفق العام، فلم يعد من المجدي القول إن الخدمة العموميّة التي تؤدّيها الدولة للأفراد عن طريق المرافق العامة هي التي يعجز هؤلاء بوسائلهم الخاصة عن إشباعها لأن الدولة قد ترى - لسبب أو لآخر - التدخّل في مجال معيّن، بما في ذلك المجالات التي بإمكان الأفراد تلبيتها على الوجه الأكمل - كما هو الشأن في معظم المرافق الاقتصادية - أو قد ترخّص للأفراد التدخّل بجنبها في مجالات كانت لوقت قريب محتكرة من طرفها[548].

537- وهكذا تتجلّى **الصبغة الظرفية للمصلحة العامة**، فالمرفق العام ليس له محتوى موضوعي إذ هو مرتبط بالأفكار الرائجة وبالسياسات المعتمدة، وهو ما يفسّر اتّساع مجال المرافق العامة أو تضييقه بالتوازي مع تطوّر سياسة الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي.

ب - أصناف المرافق العامة

538- هذا **التوسّع في المفهوم قد أفقد مدلول المرفق العام وحدته وانسجامه**، كما أدى في بعض الحالات إلى المساس بعناصره الجوهرية من خلال ظهور مفاهيم جديدة غريبة على المفهوم التقليدي للمرفق العام.

547 أنظر :

R. Chapus - *Droit administratif général*, op.cit, n° 751 et suiv.

548 كما هو الشأن مثلا في مجال توليد الطاقة الذي كان محتكرا من طرف الشركة التونسية للكهرباء والغاز بمقتضى الفصل 3 من المرسوم عدد8 لسنة 1962 المؤرخ في 3 أفريل 1962 ثم أصبح مفتوحا للمنافسة بمقتضى القانون عدد27 المؤرخ في 1 أفريل 1996.

1 – المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة ذات الصبغة الصناعية والتجارية

إلى جانب **المرافق الإدارية التقليدية** المتّصلة بالوظائف الأساسية للدولة (الأمن، الدفاع، العدل، المالية العامة، الصحة، التعليم، الخ) والتي تخضع أساسا إلى قواعد القانون العام، ظهرت في أعقاب الحرب العالمية الأولى نتيجة لاعتماد سياسة الاقتصاد الموجه **مرافق عامة ذات صبغة صناعية وتجارية** (النقل، الطاقة، الاتّصالات،الخ) تخضع بالأساس إلى قواعد القانون الخاص، وهو ما حتّم تحديد معيارا فاصلا للتمييز بين هذه الأصناف المختلفة من المرافق.

539– في مرحلة أولى وقع اعتماد المعيار العضوي للتمييز بين الصنفين، فقد رأى المناصرون لهذه الفكرة أن المرافق العامة الإدارية هي التي تسيّر من طرف المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الإدارية، وأن المرافق العامة الصناعية والتجارية هي التي تتولاّها المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعية والتجارية، غير أن تطوّر القانون الإداري قد أثبت أن هذه العلاقة ليست حتمية[549]، وأنه لا يمكن الاقتصار على الصبغة العمومية للشخص المشرف على المرفق للاستدلال إلى طبيعته الإدارية، باعتبار أنه بإمكان الأشخاص العمومية أن تتولّى إدارة مرافق عامة ذات صبغة صناعية وتجارية، إمّا بصفة انفرادية، وإما إلى جانب إدارتها لمرافق إداريّة تقليديّة، كما أنه بإمكان أشخاص القانون الخاص إدارة مرافق عامة إداريّة، لذا أصبح الرأي الغالب في الفقه يعتمد معايير ماديّة للتمييز، ويرى أن المرفق العام الصناعي والتجاري هو المرفق الذي يؤدّي الخدمة التي يعتبرها القانون الخاص أعمالا تجارية لو تولاّها أحد الأفراد[550]. ويبدو هذا المعيار أدقّ ما قدّم في هذا الخصوص، وقد أخذ به الكثير من فقهاء القانون الإداري، وعلى رأسهم

[549] حول هذه المسألة انظر بالخصوص:

J. F. Lachaume, C. Boiteau et H. Pauliat- *Droit des services publics*, A. Colin, 3ème Edit. 2004, p. 58 et suiv. et J. Dufau- *Service public à caractère industriel et commercial*, Jurisclasseur administratif, Fasc. 150, 2001

[550] الفصل الثاني من المجلّة التجارية

(*Waline* و *Bonnard*)[551]، ولكن القضاء الإداري لم يتقيّد به باستمرار، ذلك أن بعض الأنشطة التي أحدثت في شكل مرافق ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة لا تعتبر عند التحليل ممّا يندرج في قائمة الأعمال التجارية بمدلولها الفنّي.

وأمام قصور المعيارين العضوي والمادي معا انتهى مجلس الدولة الفرنسي – بعد تردّد كبير– إلى إصدار قرار (*Union syndicale des industries aéronautiques*) في 16 نوفمبر1956 الذي وضع المعطيات الحاسمة لضبط المعيار المحدّد لطبيعة المرافق العامة[552]، ويتمثّل هذا المعيار في عنصر موحّد يقوم على مجموعة من المؤشّرات المتضافرة (*faisceau d'indices*) وهي ثلاثة: موضوع المرفق، ومصدر موارده، وطرق تنظيمه وتسييره

وتطبيقا لهذه المؤشّرات **لا يكون المرفق ذا صبغة صناعية وتجارية إلاّ إذا كانت الأعمال التي يتولاّها تدخل في نطاق إنجاز المشروعات الخاصة وكان مموّلا من المال الخاص مع اعتماد طرق التسيير المعتمدة في القطاع الخاص**، ويكفي تخلّف عنصرا من هذه العناصر الثلاثة حتّى يقع اعتباره إداريّا.

540– ونضيف من جهة أخرى أن القاضي الإداري يضفي مبدئيا الصبغة الإداريّة على المرافق التي تسيّر عن طريق الأشخاص العمومية ويعتبر أنه لا يمكن قلب هذه القرينة إلا إذا تبيّن – طبقا للمؤشّرات المذكورة – أن المرفق لا يختلف في الحقيقة عن المشروعات الخاصة[553]، ولا يلجأ إلى هذه المؤشرات إلاّ في غياب الوصف القانوني الملائم، أمّا إذا تضمّنت النصوص إقرار" الصبغة الإداريّة" أو" الصناعية والتجارية " للمرفق، فإنه لا يتدخّل إلا إذا كان الوصف

[551] انظر :

Chavanon - *Essai sur la notion et le régime juridique du service public industriel et commercial*, Thèse, Bordeaux, 1939

M. Waline - *Préface au Jurisclasseur administratif*, 1963

[552] انظر :

CE, Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, D. 1956, p.759

[553] حول هذه المسألة انظر :

R. Chapus - *Droit administratif général*, op. cit, n° 768

القانوني للمرفق ناتج عن قرار إداري، وتبيّن أن هذا الوصف يتّسم بخطأ في التقدير[554].

2 – المرفق العام والخدمات الشاملة

541 – ادخل مفهوم الخدمات الشاملة (*le service universel*) في القانون التونسي بمقتضى مجلة الاتصالات كما وقع تنقيحها بالقانون عدد 8 لسنة 2008 ، وقد نصّ الفصل الأول من هذه المجلة على أنها تهدف إلى "توفير الخدمات الشاملة للاتصالات"، في ما تضمن الفصل الثاني المتعلق بالمصطلحات تعريف هذا النوع من الخدمات بأنّها "الخدمات الدنيا الواجب توفيرها للعموم على كامل تراب الجهورية حسب التطور التكنلوجي"، وتشمل هذه الخدمات بالخصوص الهاتف القار والبث الإذاعي والتلفزي التي تعود مسؤولية توفيرها إلى الديوان الوطني للاتصالات وإلى الديوان الوطني للبث الإذاعي والتلفزي وفقا للفصلين 90 و91 جديدين من المجلة، ويمكن أن نضيف إليها خدمات توزيع البريد التي تخضع إلى نصوص أخرى. ويبدو هذا المفهوم الذي فرضته النزعة الغالبة التي أصبحت تنادي بتوحيد النظم القانونية على منوال نظم الدول الغربية المتفوقة غريبا عن الأسس الفكرية والفلسفية التي كانت وراء اعتماد نظرية المرافق العامة، وهو ما يدعو إلى التساؤل حول مصير هذه المرافق في ظل التقلبات التي فرضتها العولمة[555].

الفقرة الثانية : الارتباط بشخص عمومي

542– **من الصفات الجوهريّة للمرفق العام خضوعه للسّلطة العامة في مستوى إدارته**، بمعنى أن تكون الكلمة النهائيّة في إحداث الخدمة العموميّة وتنظيمها لهذه السّلطة، ولا تكون الإدارة مطالبة بالضرورة بأن تتولّى هذا النشاط

---

[554] انظر :

TC, 24 juin 1968, *Sté Distilleries bretonnes*, AJ, 1969, p. 311

[555] حول هذه المسألة انظر :

M. Débène et O. Raymundie-*Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification*, *AJDA* 1996, p. 183 ; CE- *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, *EDCE*, n°46.

بصفة مباشرة إذ يمكن لها أيضا أن تتولاّه بصفة غير مباشرة، على أنه أيّا كانت الطريقة المتّبعة في إدارة المرفق العام فإن رقابة السّلطة العامة تكون قائمة دائما مهما اختلفت حدّتها.

أ – الارتباط المباشر بشخص عمومي

543– يعني هذا الارتباط **أن الإدارة هي التي تتولّى مباشرة بوسائلها الخاصة النشاط المرفقي**، والمقصود بالإدارة هنا مختلف الأشخاص العموميّة: الدولة والجماعات المحلّية والمؤسّسات العموميّة وبقيّة الأشخاص العموميّة غير المسمّاة كالهيئات المهنيّة، فمرافق القضاء والأمن والدفاع تعتبر مرافق عامة لأن الدولة هي التي تتولاّها مباشرة، والتعليم يعتبر مرفقا عاما لأن المعاهد والكلّيات والجامعات – وهي مؤسّسات عموميّة ذات صبغة إداريّة – هي التي تتولاّها مباشرة، وكذلك الشأن بالنسبة للصحّة العموميّة التي تتولاّه المستشفيات العموميّة، والمهن الحرّة تعتبر مرافق عامة لأن الهيئات المهنيّة التي تعتبرها المحكمة الإداريّة من أشخاص القانون العام هي التي تتولاّها مباشرة[556]. ونشير أن بعض الأنشطة التي تتولاّها هذه الأشخاص لا تعتبر مرافق عامة، فعندما تتصرّف الدولة في ملكها الخاص لا يعتبر هذا النشاط مرفقا عاما[557]، وعندما تتولّى الإدارة مباشرة نشاط الرهان لا يعدّ هذا النشاط مرفقا عاما[558].

ب – الارتباط غير المباشر بشخص عمومي

544– كان المعيار العضوي يمثّل في بداية القرن المنقضي المعيار المحدّد للمرفق العام، إذ كان يعتبر مرفقا عاما النشاط الموكول إلى شخص من الأشخاص العموميّة لغاية تحقيق المصلحة العامة، ولم تكن تتحمّل هذه القاعدة أي استثناء ما

---

[556] م.إ.، تع.، 14 جويلية 1983، أنور بشر سابق الذكر

[557] م.إ.، تس.، 15 جويلية 1980، عدد 363، عبد الرزاق صفر / وزير المالية، م.ص. 319

[558] م.إ.، تس.، 23 جويلية 1976، عدد 48 المنتصر القليبي / وزير المالية، أ.ك.، رقم 2، ص.13

عدا الحالة المحدودة لاستلزام المرافق العامة التي ظهرت في أواخر القرن التاسع عشر في النظم الرأس مالية والاستعمارية الغربيّة وفي مستعمراتها[559].

545- ثم ومع التطوّر الحاصل في مفهوم المرفق العام **أصبحت الأشخاص العموميّة لا تتردّد في تكليف الأفراد بإدارة المرافق العامة**، وقد وقع إقرار هذا الانفصال بصفة تدريجيّة في فرنسا انطلاقا من قرار (*Caisse primaire Aide et Protection*)[560]، ثم جاءت القرارات الهامة والمتلاحقة (*Monpeurt*)[561]، و(*Bouguen*)[562]، و(*Eugène Marquis*)[563]، و(*Magnier*)[564]، و(*Fédération des industries françaises d'articles de sport*)[565] لتؤكّد هذا الانفصال، وقد أفرز هذا التطوّر أنماطا جديدة، متعدّدة ومتباينة من حيث درجة تدخّل الدولة في إحداث هذه المرافق ، يمكن تقسيمها إلى صنفين أساسيتين :

- **الشكل التعاقدي** الذي يتم بمقتضاه تكليف الأشخاص العموميّة أو الأفراد بإدارة المرفق[566]

- **الشكل الأحادي** الذي يمارس فيه النشاط من طرف شخص من أشخاص القانون الخاص بتكليف من الشخص العمومي[567]

---

559 انظر رقم 568 وما يتبع أسفله

560 CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et Protection*, GAJA n° 53

561 CE, Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, GAJA n° 54

562 CE, Ass., 2 avril 1942, *Bouguen*, GAJA n° 55

563 TC, 20 novembre 1961, *Eugène Marquis*, Rec. 879, RDP 1962.964, note M. Waline

564 CE, Sect., 13 janvier 1961, *Magnier*, Rec. 33, RDP 1961.155, Concl. Fournier

565 CE, Sect., 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, RDP 1975.1109, note M. Waline

566 انظر الفرع الثاني من المبحث الثاني أسفله

567 انظر الفرع الثالث من المبحث الثاني أسفله

546- وفيما عدا هذا يبرز واقع العمل الإداري حالات عديدة يصعب فيها تحديد طبيعة النشاط الذي تتولاّه المؤسّسة المكلّفة بالقيام بالخدمة، فكيف يمكن تحديد طبيعة النشاط الموكول لمؤسّسة من المؤسّسات عندما لا تتضمّن النصوص جوابا صريحا على هذا التساؤل ؟

547- يعتبر فقه القضاء أن صفة المرفق العام تكتسب بالنسبة للأنشطة التي تمارسها أشخاص القانون الخاص والمؤسّسات غير المسمّاة **بتوفّر جملة من المؤشّرات المتضافرة يمكن حوصلتها في الثلاثية التالية:** خدمة ذات مصلحة عامة، وجود امتيازات السّلطة العامة، حقّ الإدارة في مراقبة طريقة تنفيذ الخدمة العمومية.

وقد استقرّ فقه القضاء على هذا الاتّجاه منذ صدور قرار(*Narcy*) الذي تضمّن تحديد طبيعة النشاط الممارس من طرف المراكز الفنّية في القطاع الصناعي، وهي مؤسّسات خاصة حسب التشريع الفرنسي[568]، وقد أخذت المحكمة الإدارية بهذه المنهجيّة في قرار أنور بشر قولا: " أن تنظيم المهن الحرّة كالطب والمحاماة والمحاسبين ممّا يدخل في صميم اختصاص الدولة بوصفها قوّامة على المصالح والمرافق العامة، فإذا رأت الدولة أن تتخلّى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم لأنهم أقدر عليه مع تخويلهم نصيبا من السّلطة العامة يستعينون بها على تأدية مهمتهم مع الاحتفاظ بحقّها في الإشراف والرقابة، تحقيقا للصالح العام فإن ذلك **لا يغيّر من التكييف القانوني لهذه المهن بوصفها مرافق عامة**"[569].

الفقرة الثالثة : نظام قانوني مميّز

يمثّل العنصر المادي في الحقيقة نتيجة أكثر من أن يكون معيارا للتمييز بين المرافق العامة، ويتميّز النظام القانوني لمختلف أصناف المرافق العامة بنوع من المزج بين قواعد القانون العام والخاص (أ) يطبّق على كلّ مرفق بإعمال مبدأ تناسب الوسائل مع الأهداف (ب).

---

568 CE, Sect. 28 juin 1963, *Narcy*, RDP 1963, p. 1186

569 م.إ.، تع.، 14 جويلية 1983، أنور بشر سالف الذكر

أ- المزج بين قواعد القانون العام و قواعد القانون الخاص

548- يتبيّن من خلال تطوّر القانون الإداري أن **المعادلة القديمة بين المرفق العام والقانون الإداري** التي أقرّها قرار (*Blanco*)[570] الشهير، وتأكدت بصدور قرارات (*Terrier*)[571] و(Feutry)[572] (*Therond*)[573] **قد فقدت تدريجيا من وحدتها وانسجامها وتماسكها وقدرتها التفسيرية**، حيث أضحت المرافق ذات الصبغة الصناعية والتجارية تخضع أساسا إلى قواعد القانون الخاص[574]، كما أضحى من الممكن تطبيق قواعد القانون الخاص حتى داخل المرافق العامة الإدارية التقليدية[575]، ففي قرار (صفر) مثلا رفضت المحكمة الإدارية النظر في شرعية قرار يتعلّق بالتصرّف في الملك الخاص للدولة على أساس أن القرار المطعون فيه لم يكن "مرتبطا بتنفيذ عمل من المرافق العموميّة"[576].

2- مبدأ تناسب الوسائل مع الأهداف

549- لا يوجد نظام قانوني موحّد تخضع له كافة المرافق العامة، فلئن يصحّ القول إن المرفق العام يخضع دائما إلى قدر معيّن من قواعد القانون العام – قدر أقصى بالنسبة للمرافق العامة الإدارية التي تعتمد أساسا وسائل السّلطة العامة لتصريف شؤونها، وقدر أدنى بالنسبة للمرافق الصناعية والتجارية التي تشتغل بطريقة شبيهة بتلك التي تميّز سير المؤسّسات الخاصة–، فإن هذه المعادلة ليست مطلقة، بل هي تختلف باختلاف الأهداف المرسومة للمرفق، وهو ما يعرف **(بمبدأ تناسب الوسائل مع الأهداف)** (*Principe de la proportionnalité des moyens aux fins*)، فالمرافق العامة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة تخضع لمزيج من قواعد القانون الخاص والعام يغلب عليه نظام القانون الخاص، فأعوان هذه المرافق يخضعون لقانون الشغل، وعلاقة المرفق مع الغير تحكمها قواعد

570 TC 8 février 1873, *Blanco*, GAJA n° 1
571 CE 6 février 1903, *Terrier*, GAJA n° 12
572 TC 29 février 1908, *Feutry*, RDP 1908. 206, note Jèze
573 CE 4 mars 1910, *Thérond*, 4 mars 1910, GAJA, n ° 21
574 TC 22 janvier 1921, *Bac d'Eloka*, GAJA n° 37
575 حول تراجع هذا المفهوم في القانون الإداري، انظر خاصة:
J.L. De Corail- *La crise de la notion de service public*, op .cit.
576 م.إ.، تس.، 15 جويلية 1980، عدد 363، عبد الرزاق صفر / وزير المالية سالف الذكر

القانون المدني، والأصل في عقودها أن تكون عقودا خاصة، ودعاوى المسؤولية الناجمة عن نشاطها تكون خاضعة للقانون الخاص ولاختصاص المحاكم العدلية، أمّا القانون العام فإنه يحتلّ مكانة ثانوية في نظامها القانوني، يقف تطبيقه على مديرها العام ومحتسبها وعلى مفردات الملك العمومي المخصّصة لها، وعلى امتيازات السّلطة العامة المقرّرة لفائدتها، وأخيرا على طرق الرقابة الإداريّة التي تخضع لها.

وخلاصة القول، فلئن كانت المرافق العامة تخضع دائما إلى قدر أدنى من قواعد القانون الإداري، فإن هذا القدر يتغيّر بتغيّر الأهداف المرسومة لهذه المرافق، لذلك نلاحظ اليوم أكثر من قبل إدخال منطق الربح والتطبيق المتزايد لقواعد القانون الخاص حتى داخل المرافق العامة التقليدية.

الفرع الثاني : قواعد سير المرافق العامة

550- المقصود بقواعد سير المرافق العامة إنما هي القواعد الأساسية التي تمثّل القاسم المشترك بين مختلف المرافق العامّة، وهذه القواعد ثلاث وهي : مبدأ استمراريّة المرافق العامة (الفقرة الأولى)، ومبدأ المساواة أمام المرافق العامة (الفقرة الثانية)، ومبدأ قابليّة المرافق العامة للتغيير (الفقرة الثالثة)

وتعتبر هذه المبادئ القانون العام للمرافق العامة لما لها من صلة بالعنصر الغائي الذي يمثّل العنصر الجوهري لهذه الفكرة[577]، على أن تطبيقها لا يكون بنفس الصرامة سواء تعلّق الأمر بالمرافق العامة الإداريّة أو بالمرافق العامة ذات الصبغة الصناعية والتجارية[578].

الفقرة الأولى : مبدأ استمرارية المرافق العامة

551- تهدف المرافق العامة بصفة أساسية إلى تقديم الخدمات الضرورية إلى جمهور المنتفعين من الخدمات التي يؤدّيها المرفق، وكلّ انقطاع أو تعطّل في

577 استخلص هذه القواعد الفقيه (L. Rolland) من فقه قضاء مجلس الدولة، ومن ثم فإنها تنسب إليه، راجع :
R. Chapus - *Droit administratif général*, op.cit, n°775 et L. Bézié- *Louis Rolland: théoricien oublié du service public*, RDP 2006, p. 847
578 V. Dommier- *Les lois du service public entre tradition et modernité*, RFDA, 2006, p. 1219

سير مرفق من المرافق يؤدّي إلى اضطراب داخل المجتمع، ومن اليسير أن نتصور مدى الارتباك الذي سينجرّ عن تعطّل خدمة من الخدمات العموميّة كالتعليم أو الصحّة أو الماء الصالح للشراب أو الكهرباء أو النقل، ولو بصفة مؤقّتة ومحدودة... لهذا أجمع الفقهاء على أن **أولى القواعد التي تحكم سير المرافق العامة هي مبدأ الاستمرارية**[579]، وقد أقرّ فقه القضاء بدوره هذا المبدأ وأعطاه تطبيقات متنوّعة، ففي قانون الوظيفة العمومية مثلا نجد القاعدة الأساسية التي مفادها أن علاقة الموظّف بالمرفق لا تنقطع بمجرد تقديم الاستقالة، وبمعنى آخر على الموظّف المستقيل أن يستمرّ في أداء وظائفه ومباشرة واجباته المهنيّة، حتى تخطره الإدارة بقبول الاستقالة، وذلك تجنّبا لحصول تعطّل في سير المرافق العام. وفي مادة العقود الإدارية رأينا كيف يكون المتعاقد مع الإدارة ملزما بمواصلة تنفيذ العقد حتّى في صورة حدوث ظروف طارئة أثناء التنفيذ خارجة عن إرادته، ولكنّها مؤثّرة في وضعه المالي ومحمّلة إياه أعباء غير محمولة عليه بمقتضى العقد[580].

552- ولكن يبقى التطبيق الأساسي لهذه القاعدة مرتبطا **بمسألة شرعيّة إضراب أعوان المرافق العامة، وهي أخطر ما يمكن أن يهدّد سير المرافق العامة بانتظام وبدون انقطاع**[581].

بخصوص هذه المسألة نلاحظ أن مجلس الدولة قد قرّر في وقت لم يكن يوجد فيه أي نصّ يحرّم الإضراب أن لجوء الأعوان العموميين وحتى الأشخاص الذين يشتركون في إدارة مرفق عام لهذه الطريقة من طرق الضغط هو عمل غير مشروع وأنه " لا يعدّ خطأ شخصيّا فحسب، بل يعتبر خروجا منهم على القوانين

579 حول هذا المبدأ في القانون التونسي، أنظر :
A.Aouij-M'rad - *Droit des services publics*, op.cit, p.66 et suiv.
A. Mestre - *Les services publics de l'administration tunisienne*, op.cit, p.41 et suiv.

580 تنظر رقم 484 أعلاه

581 حول هذه المسألة راجع :
A. Amor - *La reconnaissance du droit de grève dans les services publics en Tunisie*, Mél. Chapus, p.39 et suiv.
N.Baccouche - *Répression pénale et disciplinaire dans la fonction publique*, CREA, ENA, Tunis 1990, p.69 et suiv.

والتراتيب ونقضا لعقد القانون العام الذي يربطهم بالدولة، يبرّر فصلهم في الحال بدون إتباع الضمانات التي وجدت لهم في الأصل" [582]. أمّا بعد صدور دستور سنة 1946 الذي تضمّن في ديباجته تكريسا صريحا لحقّ الإضراب فقد أقرّ القاضي الإداري لفائدة الحكومة حق التدخّل بواسطة التراتيب لوضع القواعد اللاّزمة للتوفيق بين حقّ الإضراب ومبدأ استمرارية المرافق العامة[583]، أمّا في القانون التونسي، فلا نجد تكريسا صريحا لحقّ الإضراب في الدستور وإنما فقط " للحقّ النقابي" (الفصل 8 من الدستور)، ولكن نلاحظ من جهة أخرى أن القانون الجنائي يعاقب على الإضراب في المرافق العامة حيث يقتضي الفصل 107 من هذا القانون على أن : " الاعتصام المقرّر عليه الواقع من اثنين أو أكثر من الموظفين العموميين أو أشباههم بقصد تعطيل خدمة عمومية، وذلك باستعفاء جملة من الخدمة أو بغير ذلك يعاقب مرتكبيه بالسجن مدّة عامين"، لذا نشأ جدل على مستوى الفقه بين المناصرين لهذا الحقّ[584]، وبين المناهضين له[585]، وما يمكن قوله في هذا الشأن بالرجوع إلى القانون الوضعي هو :

1 – إن حقّ الإضراب يكون محرّما كلّما تضمّنت النصوص المتعلّقة بفئات معيّنة من الموظّفين كالقضاة[586] وقوات الأمن الداخلي[587] هذا التحريم.

2 – إن هذا الحقّ يكون قائما فيما عدا هذه الحالات في بقيّة المرافق العامة بدون استثناء، ولكن بشرط احترام الشروط الضرورية لاستعماله ومنها على وجه الخصوص الإعلام المسبّق[588]، تقول المحكمة الإدارية في هذا الشأن: "وحيث إن كان الإضراب محظورا على بعض أصناف من الموظفين فإن ممارسته مباحة

582 CE, 7 août 1909, *Winkell*, RDP 1909, 494, note Jèze

583 CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, GAJA n° 65

584 ومنهم الأستاذ عبد الفتاح عمر، انظر : *La reconnaissance du droit de grève...*, Art. précité.

585 ومنهم الأستاذ ناجي البكوش، راجع : *Répression pénale et disciplinaire...*, op.cit, p.69 et suiv.

586 الفصل 18 من القانون الأساسي للقضاة الصادر بمقتضى القانون عدد 29 المؤرخ في 14 جويلية 1967 كما وقع تنقيحه بالقوانين اللاحقة.

587 الفصل 15 من القانون الأساسي لقوات الأمن الداخلي الصادر بمقتضى القانون عدد70 المؤرخ في 6 أوت 1982.

588 م.إ.، تس.، 13 جوان 1987، بن قيس / وزير المواصلات، غير منشور

بالنسبة إلى أصناف عديدة منهم. وإذا كان التشريع التونسي قد أقرّ حقّ الإضراب فإنه لم يسنّ نظاما للممارسة للحيلولة دون إساءة استعمال هذا الحقّ بصورة تتعارض مع ضروريات النظام العام..."[589].

3 – إن ثبوت مشاركة العون العمومي في الإضراب لا يجب أن تؤدّي إلى حرمانه من الضمانات الأساسية عند المساءلة التأديبية، وذلك حتّى في الحالات التي يكون فيها الإضراب محظورا في المرافق العامة بمقتضى القانون، كإضراب القضاة، أو قوات الأمن[590].

الفقرة الثانية : مبدأ المساواة أمام المرافق العامة

553– تنحدر هذه القاعدة من مبدأ المساواة أمام القانون الذي نجده في أغلب الدساتير[591]، فالقانون بطبيعته يضع قواعد عامة ومجرّدة لا تراعى فيها الأشخاص بذاتها، ولهذا كان الجميع لديه سواء، **ولمّا كانت المرافق العامة تنشأ لفائدة الكافة، فقد اقتضى هذا بالتبعيّة أن يتساوى لديها الأفراد.**

وتطبّق هذه القاعدة على أعوان المرافق العامة وعلى مستعملي هذه المرافق.

أ – تطبيق مبدأ المساواة على أعوان المرافق العامّة

554– يفيد مبدأ المساواة هنا أنه يجب إخضاع أعوان المرافق العامة إلى نفس القواعد سواء عند الانتداب، أو عند تطوّر المسار الوظيفي، إذ يمنع على المشرفين على المرفق أن يقيموا تفرقة بين الأعوان لا تستند إلى مبرّر قانوني أو موضوعي، كالتمييز بين هؤلاء بسبب الجنس أو اللون أو الدين، أو أي سبب آخر لا هدف له إلاّ التمييز غير المبرّر في المعاملة.

[589] م.إ.، تس.، 26 نوفمبر 1991، عدد1500 ، الطاهر زقروبة / المجلس الأعلى للقضاء، م.، ص.147.

[590] ذات المرجع

[591] ينص الفصل السادس من الدستور: "" كلّ المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات وهـم سواء أمام القانون"

ولكن **لا يتنافى مع مبدأ المساواة أن تضع الإدارة شروطا عامة لا بدّ من توافرها في كلّ من يريد الالتحاق بالوظائف العامة**، كتحديد قدر معيّن من المستوى العلمي أو من التجربة الإدارية في من يريد تقلّد الوظائف الإداريّة، وفي هذا الشأن تعتبر المحكمة الإدارية: "وحيث أنه من المسلّمات كأصل دستوري أن المقصود بالمساواة هو عدم التفرقة بين أفراد الفئة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونيّة. بيد أن هذه المساواة إذ لا تعني المساواة الحسابية ذلك لأنّ المشرع يملك سلطة تقديرية اعتبارا لمقتضيات الصالح العام، ووضع شروط لتحديد المراكز القانونية التي تتساوى بها الأفراد أمام القانون، فإنه لا يصحّ التفرقة بين أفراد الفئة الواحدة في المناط الذي يترتّب عليه الحكم القانوني سالف الذكر إذ كان من شأنه أن ينال من مبدأ تكافؤ الفرص" [592].

555 – ويلحق بهذا المبدأ **واجب الحياد والتحفّظ** الذي يفرض على أعوان الإدارة عند قيامهم بوظائفهم تجنّبا من أن يتأثّر سير المرفق العام سلبا بمواقف مستخدميه وآرائهم السياسيّة والشخصيّة[593]، وقد أكّدت المحكمة الإدارية ذلك في قرار صادر عنها بتاريخ 14 أفريل 2001 جاء فيه بالخصوص "حيث استقرّ فقها وقضاء أن حريّة الفكر للعون العمومي ليست مطلقة إذ يجوز للإدارة مؤاخذته من أجل أفكاره إذا كانت أدّت إلى اقترافه خطأ تأديبيا كإتيانه تصرّفات منافية لواجبي التحفّظ والحياد"[594].

ب – تطبيق مبدأ المساواة على مستعملي المرافق العامّة

يفيد مبدأ المساواة من هذه الناحية تساوي الجميع في تحمّل أعباء المرفق العام أو في الانتفاع بخدماته[595].

[592] م.إ.، تس.، 17 جويلية 1989، عدد 1404، نقابة أعوان البنك المركـزي/ محـافظ البنـك المركزي، أ.ق.ت.، عدد 4، 2– 1990، ص. 128

[593] وقع إقرار هذا الواجب صراحة بمقتضى الفصل الثالث من القانون الأساسي للوظيفة العموميّة

[594] م.إ.تس.، 14 أفريل 2001، عدد 18600، لسعد العربي / وزير التعليم العالي، غير منشور

[595] راجع :
M. Waline - *De la situation juridique de l'usager d'un service public*, Rev. Crit. 1933 et Rapport public du CE- *Le principe d'égalité*, EDCE 1997

556– أمّا المساواة أمام الأعباء، فإن نتيجتها الأولى تكون قيام مسؤولية الإدارة بدون خطأ كلّما انجرّ عن سير هذه المرافق **إخلالا بالمساواة أمام الأعباء العمومية.**

وقد عبّرت المحكمة الإدارية صراحة عن هذا في قرار (الصادق قربوج) لمّا صرّحت: "وحيث يستنتج من أحكام الفصل الأول من الأمر المشار إليه (أمر 27 نوفمبر 1888) أن الإدارة تكون مسؤولة من الأضرار الناتجة عن الأشغال التي أذنت فيها متى ثبتت العلاقة السببية بين الأضرار والأشغال المأذون فيها دون أن يشترط ثبوت خطأ من جانب الإدارة في ذلك عملا بمبدأ المساواة أمام الأعباء العمومية"[596].

557– وأمّا المساواة في الانتفاع بخدمات المرفق فإن أساسها يتمثّل في **أن مستعملي المرفق ليسوا في مركز تعاقدي** تحكمه قواعد العقد الإداري أو غير الإداري، ولكنهم في **مركز نظامي تحكمه القوانين والتراتيب** ويتحدّد محتواه بطريقة موضوعية بصرف النظر عن شاغل هذا المركز النظامي[597]. وعلى هذا الأساس يتحتّم على المرفق أن يؤدّي خدماته بنفس الشروط، حيث لا يجب أن يكون هناك تمييز غير مبرّر بين المستعملين.

على أن المساواة في الانتفاع بخدمات المرافق العامة ليست مطلقة بل إنها مساواة بين فئة من المنتفعين فقط، بحيث يجوز المغايرة بين الأفراد إذا اختلف الغرض الذي تخصّص له المنفعة، كاستخدام الطاقة لحاجات منزلية أو صناعية، أو فرض رسوم أخفّ بالنسبة للمعوزين في المستشفيات العمومية[598]. فهذه

[596] م.إ.، است.، 3 جانفي 1992، عدد702، م.ع.ن.د. في حق وزارة الفلاحة / الصادق قربوج، أ.ك.، رقم. 24، ص. 387

[597] تقول المحكمة الإدارية في هذا الشأن: "وحيث أن المسؤولية التي يقصدها المستأنف... هي مسؤولية المؤسّسة الاستشفائية بوصفها مرفقا عاما يقصده العموم للمعالجة لا على أساس التعاقد وإنما على أساس أنه مصلحة عمومية تؤدي خدمات قد توفّق فيها وقد تخطئ وخطؤها هذا لا يكون إلا تقصيرا..."(م.إ.، 5 جانفي 1976، عدد15، م.ع.ن.د. في حق وزارة الصحة العمومية / خميس الزهار م.، ص.، 33).

[598] CE, 10 juillet 1974, *Denoyez*, AJ 1974, p. 311

الاستثناءات لا يقصد بها تمييز فرد بذاته، ولا تتعارض مع عمومية مبدأ المساواة وتجرّده.

558– وننبّه إلى أن **مبدأ مجانية المرافق العامة الذي ينادي به جانب من الفقه ليس له أصل ثابت في القانون الإداري**، فهذا المبدأ لا معنى له في المرافق العامة الصناعية والتجارية التي تسعى مثل الخواص إلى تحقيق الربح مع مراعاة مقتضيات المصلحة العامّة، أمّا في المرافق العامة الإدارية فإنه يجب التمييز بين المرافق العامة الضروريّة، كالأمن والدفاع والعدل، ومقاومة الكوارث الطبيعية، التي تكون فيها الخدمات التي يقدّمها المرفق لجمهور المنتفعين مجانية إلاّ إذا قرّر المشرّع فرض مقابل مالي على مستعملي المرفق، وبين بقيّة المرافق العامة الإداريّة التي يكون وجودها وبقاؤها رهين إرادة الإدارة، كالتعليم والصحّة أين يمكن فرض رسوم معيّنة على مستعملي المرفق مقابل الخدمات المقدّمة لهم، حتى بدون وجود نص قانوني يسمح بذلك[599].

الفقرة الثالثة : مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير

559– الأصل في المرافق العامة هو أن إنشائها وطرق تنظيمها وسيرها يعود إلى السّلطة التقديرية للإدارة التي تراعي في ذلك طبيعة المرفق ونوع الخدمات وكيفية انتفاع الجمهور به، **فإذا ما ظهر لها أن هذا التنظيم لم يعد يتّفق مع المنفعة المرجوّة من المرفق، وأن هناك تنظيما آخر أو نظاما آخر يكفل أداءها على وجه أفضل، كان لها أن تغيّر ما يتعيّن تغييره في سير المرافق العامة**، ولا يقيّدها في ذلك إلاّ مراعاة المصلحة العامة دون إمكانية معارضتها باعتبارات مستمدّة من حقّ يدّعي اكتسابه موظفو المرفق أو مستعملوه.

وتؤدّي هذه الاعتبارات إلى نتيجتين أساسيتين تخصّ الأولى موظفي المرفق، وتخصّ الثانية مستعمليه.

[599] أنظر :

M. Waline - *Gratuité ou rémunération des services publics*, RDP 1951, p.497

A. Aouij-M'rad - *Droit des services publics*, op.cit, p.77 et suiv.

J. Amar- *De l'usager au consommateur de service public*, PUAM, 2001

أ – مبدأ قابلية المرفق للتغيير بالنسبة لأعوان المرفق

560– **لا يمكن لأحد من موظّفي المرفق الادّعاء بقيام حقّ مكتسب في استمرار نظام معيّن**، فليس للأعوان الذين هم في مركز نظامي تحدّده القوانين والتراتيب الإعتراض على النظام الجديد للمرفق الذي تقرّه الجهة المشرفة خدمة للمصلحة العامّة[600]، فلا يمكن مثلا للمدرّسين في الكلّيات التمسّك بنظام الامتحانات القديم الذي يوفّر لهم أكثر راحة في اختبار الطلبة وتقييم مستواهم العلمي، ورفض تطبيق النظام الجديد الذي يثقل كاهلهم.

أمّا الأعوان الذين هم في مركز تعاقدي، فإن وضعهم هذا لا يحول دون تطبيق المركز الجديد الذي تقرّره الإدارة خدمة للمصلحة العامة، ولكن يحقّ لهم في هذه الحالة المطالبة بمنحهم التعويض المناسب كلّما كان من نتيجة التغيير في نظام العمل تحميلهم التزامات جديدة لا وجود لها في العقد الأصلي[601].

ب – مبدأ قابلية المرفق للتغيير بالنسبة لمستعملي المرفق

561– **لا يمكن لمستعملي المرفق التمسّك بحقوق مكتسبة للاعتراض على التدابير الجديدة**، وهذا المبدأ واضح بالنسبة لمستعملي المرافق العامة الإدارية الذين يوجدون في وضعيّة نظامية، فهؤلاء الأعوان يخضعون بلا أدنى تردّد إلى قاعدة التغيير وهو ما يعني أن النظام الجديد الذي ترى الجهة الإدارية تقريره ينسحب عليهم فورا، ولكن دون أثر رجعي، وتنسحب هذه القاعدة أيضا على مستعملي المرافق العامة الصناعية والتجارية[602]، كما لا يمكن للمنتفعين بالخدمة العموميّة أيضا التمسّك بالإبقاء على هذه الخدمة إلا إذا كان وجود المرفق ناتج عن قانون يفرض تأدية الخدمة العموميّة.

فيما عدا هذه الصورة يمكن للسّلطة الإدارية في أي وقت اتّخاذ قرار في حذف المرفق. وبطبيعة الحال، فإن التراتيب المتّخذة في تعديل نظام سير المرافق

[600] CE, 26 janvier 1923, *De Robert Lafreygère*, GAJA n° 39

[601] CE, 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore*, GAJA n° 62

[602] Ibid

العامة، أو في حذف هذه المرافق تكون خاضعة لرقابة القاضي الإداري، شأنها شأن بقيّة القرارات الإدارية.

المبحث الثاني: أساليب تسيير المرافق العامة

562– رأينا فيما سبق أن المرافق العامة أنواع مختلفة لذا كان من الطبيعي أن تتباين أساليب تسييرها، وفي اختيار طريقة من الطرق تراعي الإدارة اعتبارات متعدّدة: سياسيّة واجتماعيّة واقتصاديّة، ففي الدولة الليبرالية الكلاسيكية كانت الأساليب الأساسية تنحصر في الاستغلال المباشر وفي استلزام بعض المرافق الاقتصاديّة، ثم تنوّعت طرق إدارة المرافق العامة تحت تأثير الأفكار الاشتراكية وتدخّل الدولة المكثّف في المجال الاقتصادي والاجتماعي، فظهرت أساليب جديدة في التسيير تعتمد التأميم والمؤسّسات والمنشآت العمومية والاقتصاد المختلط[603]، ومع تراجع الأفكار الاشتراكية إثر انهيار المعسكر الشيوعي وتفوّق الأفكار النيولبرالية التي تنادي بتفكيك المرافق العامة وخصخصة طرق تسييرها وإخضاعها لقواعد المنافسة أصبحت الدولة لا تتردّد في تفويض التصرّف في مرافقها العامة إلى الخواص[604].

وفي ضوء ما تقدّم يمكن أن نميّز بين الأساليب التالية في تسيير واستغلال المرافق العامة: الاستغلال المباشر (الفرع الأول)، والتأهيل التعاقدي (الفرع الثاني)، والتأهيل الأحادي (الفرع الثالث)، والمؤسّسة العموميّة (الفرع الرابع)، والمنشأة العموميّة (الفرع الخامس)

الفرع الأول : الاستغلال المباشر

563– يعدّ أسلوب **الاستغلال المباشر أهمّ أساليب تسيير المرافق العامة**، إذ يطبّق على كامل المرافق التابعة للدولة (الإدارة المركزيّة والجهوية والجماعات

[603] حول هذه المرحلة راجع :

A. Mestre - *Les services publics de l'administration tunisienne*, op.cit, p.124 et suiv

[604] انظر :

F. Lorens et P. Soler-Couteaux - *La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence*, D. 1989, Chr. P.67

العموميّة المحليّة)، لذا وجب عرض الخصائص العامة لهذا الأسلوب قبل بيان مختلف أصنافه.

الفقرة الأولى : الخصائص العامة للاستغلال المباشر

564- إنّ ما يميّز نظام الاستغلال المباشر(*La régie directe*) جوهريّا هو **انعدام الشخصية المعنويّة في الهيكل المكلّف بتصريف شؤون المرفق**، إذ نجد مجرّد هياكل تابعة للدولة أو للجماعة الترابية المحلية لا يؤدي وجودها إلى إحداث أشخاص عموميّة فرعيّة مستقلّة، إذ تبقى الأشخاص العموميّة الأصليّة المشرفة على المرفق متمتّعة وحدها بالحقوق ومتحمّلة وحدها للالتزامات التي قد تنشأ عن سير المرفق.

ويلاحظ من جهة أخرى أن المرافق التي تخضع لهذا التنظيم تكون تحت الإدارة المباشرة للشخص العمومي المكلّف بالتسيير، وتتمثل هذه المرافق بالنسبة للدولة في الإدارات المركزيّة أو اللامحوريّة التي يخضع أعوانها للسلطة الرئاسيّة للوزير أو لرؤساء الإدارة اللامحوريّة في الجهات (الوالي أو رئيس المصلحة الخارجيّة)، في حين تخضع المرافق المحلية للسلطة الرئاسيّة لرؤساء الإدارات المركزيّة (رؤساء البلديّات أو رؤساء المجالس الجهويّة).

أمّا من الناحية المالية فإن المرافق المسيّرة بواسطة هذا الأسلوب لا تتمتّع بالاستقلال المالي، وهو ما يعني أن النفقات اللازمة لسيرها تكون مدرجة في ميزانية الشخص العمومي التي تكون تابعة له وأنه لا يمكن لها أن تتصرّف مباشرة في الموارد الذاتيّة التي تحقّقها بحكم أنها تعتبر من الموارد الراجعة لميزانيّة الدولة.

الفقرة الثانية : أصناف الاستغلال المباشر

565- يسري هذا التنظيم على جميع المرافق الإدارية إذ يوجد **تطابق مبدئي بين الاستغلال المباشر والمرافق العامة الإداريّة التقليديّة** (الأمن، الدفاع، القضاء، الخ.)، وهذا التطابق يؤدي إلى **سحب قواعد القانون الإداري على هذا**

النوع من النشاط، ولا يوجد **استثناء** لهذه القاعدة إلاّ إذا اختارت الهياكل المشرفة انتهاج أسلوب **التصرّف الخاص** (*La gestion privée*) عند تصريفها لشؤون المرفق[605].

566- على أن **أسلوب الاستغلال المباشر لا يقتصر على المرافق الإداريّة** فحسب، إذ يمكن اللجوء إليه أيضا لإدارة بعض المرافق الصناعية والتجارية، ومثال ذلك مرافق الهاتف والبريد في تونس التي كانت تمثّل مرافق تابعة للدولة خاضعة إلى طريقة الاستغلال المباشر قبل أن يقع تكليف مؤسّسات عمومية ذات صبغة غير إداريّة بتصريف شؤونها[606]، وتحويل إحداها فيما بعد إلى منشأة عموميّة من ذوات القانون الخاص[607].

الفرع الثاني : التأهيل التعاقدي لاستغلال المرافق العامة

567- يشهد **أسلوب التأهيل التعاقدي** لإدارة المرافق العمومية الاقتصادية **حظوة جديدة** بالتوازي مع الخطاب العام الذي ينادي بتطوير أساليب التصرّف الأشخاص العموميّة، والتخلّي عن طرق التصرّف العام، وتعويضها بوسائل أكثر تناسبا مع أساليب التصرّف المعتمدة في القطاع الخاص، لذا نرى الدولة في السنوات الأخيرة تفضل اللجوء أكثر فأكثر إلى الطرق التعاقديّة في إدارة مرافقها العامة.

الفقرة الأولى : أسلوب التأهيل التعاقدي الرئيسي: لزمة المرافق العامة

تمثل عقود لزمة المرافق العامة[608] أقدم وأهم عقود تفويض المرافق العامة استخداما[609]، لذا وجب تحديد مفهومها قبل بيان أشكالها

[605] انظر :
R. Chapus - *Droit administratif général*, n° 1097 et suiv.

[606] انظر القانون عدد36 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بإحداث الديوان الوطني للاتصالات

[607] بمقتضى القانون عدد 30 المؤرّخ في 05 أفريل 2004 المتعلّق بتحويل الشكل القانوني للديوان الوطني للاتصالات

[608] حول عقود اللزمة بصفة عامة انظر: « *Les contrats de concession en droit tunisien et en droit comparé* » Actes du Colloque organisé à Tunis par

أ – مفهوم لزمة المرفق العام

568- يقصد بلزمة المرفق العام (*la concession de service public*) **العقد الذي يعهد بمقتضاه شخص عمومي** (السّلطة مانحة الالتزام) **إلى أحد الأشخاص** (صاحب اللزمة أو مستلزم المرفق العام) **بإدارة مرفق عام صناعي وتجاري واستغلاله لمدّة محدودة، وذلك على نفقته وتحت مسؤوليته الشخصية، وفي مقابل رسوم يتقاضاها مباشرة من مستعملي المرفق.**

وينجرّ عن هذا التعريف نتيجتين أساسيتين، تتعلّق الأولى **بطريقة اختيار المتعاقد**، وتتعلّق الثانية **بالمقابل المالي**

1 – طريقة اختيار المتعاقد مع الإدارة

569- يمثل العنصر الشخصي مبدئيا عنصرا جوهريا في عقود اللّزمة، ويعود ذلك إلى **الوزن الخاص للاعتبارات الشخصية في هذا النوع من العقود**، فلا يعقل أن تفوّض السّلطة الإدارية استغلال مرفق عام لشخص لا يتمتّع بثقتها وهو ما يفسّر إدراج شرط إسقاط الحق في كرّاسات الشروط الملحقة لهذه العقود في صورة إحالة اللزمة إلى الغير أو عند التغيير في شخص المستلزم[610]، وهذا العنصر هو الذي يميّز لزمة المرفق العام عن الصفقة العموميّة، ويتأكّد ذلك بالرجوع إلى الفصل الأوّل من الأمر عدد 3158 لسنة 2002 المتعلّق بالصفقات العموميّة الذي ينص على أنه " لا تعتبر صفقات عموميّة عقود لزمة المرافق العامة ".

لهذه الأسباب، لا تكون الإدارة – في النظرية التقليدية لهذه المؤسسة – ملزمة باعتماد قواعد المنافسة التي تمثّل المبدأ الأول في عقود الصفقات العموميّة، على أن الأفكار قد تغيّرت في هذا الشأن تحت تأثير المؤسّسات الدوليّة والتشريعات

L'Association tunisienne des sciences administratives les 22 et 23 avril 2005, non publié

[609] أنظر رقم 430 أعلاه

[610] انظر مثلا الفصل 24 من كراس شروط عقد لزمة الميناء الترفيهي مرسى القنطاوي المبرم بين الدولة التونسية وشركة الدراسات والتنمية بسوسة الشمالية بتاريخ 15 نوفمبر 1978

المقارنة[611] ، وهو ما يفسّر إدراج شرط الدعوة إلى المنافسة في النصوص الخاصة المنظمة للزومات، وتعميمه في مشروع القانون العام المتعلق بهذا الصنف من العقود[612].

ولنفس الأسباب يمكن ردّ القاعدة التي تقتضي أن **لزمة المرافق العامة تمنح لمدّة طويلة الأمد**[613]، وهو ما يميّز هذا العقد عن طرق الترخيص المؤقت في إشغال الأملاك العموميّة التي قد تلجأ لها الإدارة عوضا عن طرق لزمة الاستغلال في هذه الأملاك، على أن **هذه الحريّة لا معنى لها في أوضاع الاحتكار**، فالشركة الوطنية للسكك الحديدية التي تحتكر استغلال الخطوط الحديديّة على كامل تراب الجمهوريّة تعتبر بالنسبة للدولة التي ترجع لها ملكيّة هذه الخطوط بمثابة المستلزم المفروض.

2- المقابل المالي

570- وهذا هو **العنصر الثاني الحاسم في تمييز لزمة المرفق العام عن المفاهيم المجاورة**، ومنها على وجه الخصوص طريقة الاستغلال غير المباشر (*La régie intéressée*)، فلا يمكن الحديث عن عقد لزمة إلا إذا تضمّن العقد

[611] انظر فيما يتعلّق بهذه المسألة: القانون الفرنسي المؤرخ في 29 جانفي 1993 المعروف بقانون Sapin (Loi Sapin) و: J. Morand-Deviller- *Cours de droit administratif*, op. cit., p.507

[612] يقرّ الفصل الثالث من مشروع القانون المتعلّق بتنظيم اللزمات مبادئ مغايرة تقتضي إبرام اتفاقيات اللزمة في نطاق الاحترام الكامل لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص وشفافية الإجراءات وذلك بعد الدعوة للمنافسة وفق طلب عروض مفتوح أو ضيق مسبوقا بمرحلة انتقاء أولي"، وذلك تماشيا مع التشريعات المقارنة لبعض الدول التي سعت إلى الحدّ من حريّة السلطة المانحة في اختيار المتعاقد معها وذلك بفرض اللجوء إلى طرق الإشهار والمنافسة إذا كانت اللّزمة ستؤول إلى تفويض الاستغلال إلى شخص من أشخاص القانون الخاص.

[613] 50 سنة مثلا بالنسبة للزمة للميناء الترفيهي مرسى القنطاوي، 30 سنة بالنسبة للزمة استغلال السكك الحديدية، 5 سنوات بالنسبة للزمة استغلال خطوط نقل بمدينة تونس المبرمة سنة 1989 بين الدولة وشركة خاصة لنقل المسافرين.

شروطا تخوّل للمستلزم أن يقتضي المقابل المالي للخدمات المقدّمة عند الاستغلال مباشرة من المنتفعين بالمرفق[614].

571- واعتبارا للاستثمارات الضخمة التي يستوجبها إنجاز المنشآت محل التعاقد تكون السلطة المانحة ملزمة بتوفير بعض الضمانات اللازمة لأصحاب اللزمة المستثمرين وذلك بتمكينهم من تعويضات ماليّة أو ضمانات ماليّة عند الاقتراض، الخ) ومن توظيف لبعض الحقوق العينية على المنشآت المنجزة تنفيذا للعقد، وهو ما يفقد هذا النوع من العقود أحد خصوصياته المميّزة.

572- ونضيف أن اللزمة – شأنها شأن بقية العقود – تنتهي عادة بانتهاء الأجل المحدّد بالعقد، أو بتفاق الطرفين أو بقرار من القاضي الإداري في صورة حصول نزاع بينهما، أو حدوث ظروف قاهرة يستحيل معها مواصلة العمل بالعقد، ويمكن تجديدها باتّفاق الطرفين، كما يمكن إنهاؤها قبل حلول الأجل عن طريق إسقاط حقّ صاحب اللزمة، غير أنه لا يمكن لمانح اللزمة القيام بذلك إلاّ بعد استصدار إذن قضائي في الغرض وبشرط ارتكاب صاحب اللزمة لخطأ جسيم، وعند انتهاء العقد تعاد ممتلكات الرجوع(*Les biens de retour*) المتمثلة في العقارات والمنشآت والتجهيزات الثابتة مجانا وخالية من كل التحمّلات والرهون إلى مانح اللزمة.

573- ومن جهة أخرى تقرّ النظريّة العامة للعقود الإدارية لفائدة الإدارة حقّ حذف المرفق أو استغلاله بطريقة أخرى كلّما اقتضت المصلحة العامة ذلك، وتعرف هذه الوسيلة **بحقّ استرداد المرفق** (*Le rachat de la concession*)، في هذه الحالة يحقّ لصاحب اللزمة الحصول على التعويض المناسب.

---

[614] راجع : سارة خضر– خوصصة المرافق العامة البلدية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون العام، كلية الحقوق بسوسة، 1999

M. Beltaief - *Les services publics locaux*, in *décentralisation et démocratie*, op.cit, p.153 et suiv.

ب- تعدّد أشكال اللزمة

574- تعتبر اللزمة طريقة رأسمالية بالأساس، لذا فهي لا تزدهر إلا في النظم الليبرالية وفي الاقتصاد الحرّ، ولهذا فإن تطبيقاتها الأولى قد ظهرت في عهد الحماية في ميادين النقل والطاقة[615]، ثمّ تراجع دورها بصفة ملحوظة بالتوازي مع تقدّم الأفكار الاشتراكية في السنوات الأولى من الاستقلال، فوقع تأميم المرافق التي كانت مفوّضة إلى الخواص الأجانب في عهد الحماية، وتم اعتماد أسلوب المنشآت العموميّة في الاستغلال عوضا عن الأسلوب التعاقدي[616].

575- غير أن السنوات الأخيرة قد شهدت الرجوع بقوّة إلى طريقة اللزمة وبخاصة في مجال البنية الأساسيّة، كالطرقات السيارة[617]، والاتصالات[618]، والمطارات[619]، وذلك تكريسا للتوجّهات التحرّرية التي أصبحت تميّز السياسة الاقتصاديّة للدولة[620].

---

[615] أنظر :

H. Ayadi – *Le régime juridique du service public de l'électricité et du gaz en Tunisie*, RTD, 1968, P. 53 et suiv.

[616] راجع :

A. Mestre - *Les services publics de l'administration tunisienne*, op.cit, p.139 et suiv.

[617] يخوّل الفصل 34 من القانون عدد 17 المؤرّخ في 7 مارس 1986 والأمر التطبيقي عدد 654 المؤرخ في 20 أفريل 1987 المتعلّق بضبط شروط لزمة إشغال ملك الدولة العمومي للطرقات إسناد لزمات لبناء واستغلال وصيانة الطرقات السيارة إلى مؤسّسات عموميّة أو خاصة "، وتطبيقا لهذه الأحكام تم إبرام اتفاقية بين الدولة التونسية وشركة " تونس للطرقات السيارة " أسندت بمقتضاها لهذه الأخيرة لزمة لبناء واستغلال وصيانة الطريق السيارة مساكن الجم وتوابعها وقعت المصادقة عليها بمقتضي الأمر عدد 1073 المؤرخ في 13 ماي 2004

[618] طبقا لمقتضيات الفصل 18 من مجلة الاتصالات الصادرة بمقتضى القانون عدد 1 المؤرّخ في 15 جانفي 2001 والأمر عدد 64 المؤرّخ في 15 جانفي 2002 المتعلّق بضبط شروط إسناد لزمة لإقامة واستغلال شبكة عموميّة ثانية للهاتف الرقمي الجوّال تم إبرام اتفاقية بين الدولة التونسية وشركة " أوراسكوم تونس للاتصالات " في 11 ماي 2002 منحت بمقتضاها هذه الأخيرة لزمة للغرض وقعت المصادقة عليها بمقتضى الأمر عدد 1079 المؤرخ في 14 ماي 2002

[619] تطبيقا لمقتضيات لفصلين 91 و 93 من مجلة الطيران المدني الصادرة بمقتضى القانون عدد 58 المؤرخ في 29 جوان 1999 ولأحكام الأمر عدد 1342 المؤرخ في 07 جوان 2004 المتعلق بضبط شروط وإجراءات إنشاء لزمة لبناء واستغلال المطار الجديد بالوسط الشرقي تولت

وتعتمد العقود المبرمة في هذا المجال آليات جديدة تقوم على أسلوب الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتقاسم المخاطر الاقتصاديّة[621]، وتخوّل إنجاز المشاريع الكبرى ذات الأهمية الوطنية التي تستوجب استثمارات ضخمة دون تحميل العبء على ميزانية الدولة.

ويمكن أن نميّز في هذا الإطار بين نوعين أساسيين من العقود:

– عقود البناء والتملك والاستغلال (*BOO*) المستوحاة من النظم الأنجلوسكسونية والتي تمثّل قطعا مع المبادئ التقليدية المعتمدة في هذا المجال، إذ أنها تؤدي إلى احتفاظ صاحب اللزمة بالمنشآت عند نهاية العقد[622]، وتتمثّل في منح لزمة للمستثمرين ذات القدرات الفنية والمالية العالية لتخويلهم **البناء والتملّك واستغلال** المنشآت العمومية خلال المدّة اللازمة لاسترجاع ما بذلوه من أموال عند الإنجاز وتحقيق الأرباح التي دفعت بهم إلى التعاقد.

الدولة التونسية في 18 ماي 2007 إبرام اتفاقية مع شركة " تاف تونس " تم بمقتضاها منح لزمة بناء واستغلال مطار جديد بالوسط الشرقي وفقا لعقد اللزمة وكراس الشروط المصادق عليهما بمقتضى الأمر عدد 1316 المؤرّخ في 28 ماي 2007

[620] أنظر :

A. Aouij-M'rad - *Droit des services publics*, op.cit, p.133 et suiv.

[621] جاء في وثيقة شرح الأسباب المرفقة لمشروع القانون المتعلّق بتنظيم اللزمات الذي تم عرضه على مجلس النواب أن هذا القانون " يندرج في إطار تدعيم سياسة الشراكة بين القطاعين العمومي والخاص التي انتهجتها الدولة وجعلت منها أولويّة من أولياتها "

[622] باللغة الإنجليزية : *Building , Own, Transfer* وهو ما يمكن ترجمته: بناء، تملك، وإحالة، وهي الطريقة التي لجأت لها الدولة لإبرام اتفاقيّة في 24 مارس 1999 مع مجمع من الشركات الدوليّة تمت المصادقة عليها بمقتضى الأمر عدد 940 المؤرّخ في 24 مارس 1999 لبناء محطة توليد الطاقة (رادس II) تطبيقا لمقتضيات القانون عدد 37 المؤرّخ في غرّة أفريل 1996 المنقّح للمرسوم المؤرّخ في 3 أفريل 1962 المحدث للشركة التونسية للكهرباء والغاز وللأمر عدد 1125 المؤرّخ في 20 جوان 1996 المتعلّق بضبط شروط وإجراءات إنشاء لزمة لبناء واستغلال محطّة لتوليد الطاقة، حول هذا النوع من العقود، انظر:

L. Richer- *Droit des contrats administratifs*, LGDJ 2006, p. 633

– وعقود **البناء والاستغلال والإحالة** (*BOT*)[623]، التي لا تختلف عن الطريقة الأولى إلا في الجانب المتعلق بممتلكات الرجوع التي **تحال وجوبا** للدولة عند انتهاء مدّة التعاقد

الفقرة الثانية : أساليب التأهيل التعاقدي الثانويّة

وتتفرّع إلى وسيلتين ثانويتين تشكّل – إلى جانب عقود اللزمة – ما يعرف بعقود تفويض المرافق العامة، تتمثّل في عقود التأجير من جهة وعقود الامتياز من جهة أخرى

أ– عقود التأجير

576– يتمثّل **عقد التأجير** (*l'affermage*) في **الأسلوب الذي يؤجر بمقتضاه شخص عمومي إلى أجير استغلال مرفقا من المرافق العموميّة لمدّة محدّدة في مقابل مبلغ من المال يدفع له مسبقا من المتعاقد العمومي الذي يحتفظ بالربح الذي يوفّره الاستغلال.** إضافة إلى هذا، إذا كان المرفق يستلزم إنجاز تجهيزات أو منشآت تعتبر من قبيل نفقاتَ الانتصاب الأولى فإن ذلك لا يكون على كاهل الأجير وإنما على كاهل الإدارة المؤجرة خلافا لما هو الشأن في عقود اللزمة.

ويلاحظ أن البلديات كثيرا ما تلجأ إلى هذه الطريقة في مجال استغلال الأسواق البلديّة

ب– عقود الوكالة الخاصة أو عقود امتياز المرافق العامة

577– يمثّل **عقد الوكالة الخاصة** (*la régie intéressée*) **العقد الذي تعهد الإدارة بمقتضاه لأحد الأشخاص – العامة أو الخاصة – بالتصرّف لحسابها في مرفق عام في مقابل مبلغ من المال يدفع له مباشرة من الإدارة التي تحتفظ ببقيّة الأرباح التي يوفّرها الاستغلال أو تتحمّل وحدها الخسائر**، وهذا أسلوب لا يختلف

[623] باللغة الإنجليزية: *Building , Operate, Transfer* وهو ما يمكن ترجمته : بناء، استغلال، وإحالة، وهي الطريقة التي تم بمقتضاها إسناد لزمة بناء واستغلال مطار النفيضة المشار إليها أعلاه

عن اللزمة إلا من ناحية طريقة خلاص صاحب الامتياز التي تكون دائما على كاهل الإدارة، أما مقدار الخلاص فإنه يكون مرتبطا بالنتائج التي يحققها صاحب الامتياز عند استغلاله للمرفق، في هذا النوع من العقود تكون التجهيزات والمنشآت التابعة للمرفق على نفقة الإدارة المتعاقدة دون أن يكون "وكيل الإدارة " ملزما بالمساهمة في التمويل.

الفرع الثالث : التأهيل الأحادي لأشخاص القانون الخاص لاستغلال المرافق العامة

578- تتمثّل **الطريقة الأحادية** في **تفويض بعض المرافق العامة لأشخاص القانون الخاص** طريقة مرنة في الاستغلال تخوّل الأخذ بوسائل القانون الخاص في التسيير دون الإخلال بمقتضيات سير المرافق العامة[624].

ويلاحظ في هذا المجال تنوّع الأنشطة محلّ التأهيل (الفقرة الأولى)، وصعوبة تحديد الصبغة المرفقيّة في الأنشطة المرخّص في استغلالها للخواص (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : تنوّع الأنشطة موضوع التأهيل الأحادي

579- إن **تخلي الإدارة** بإرادتها المنفردة **عن دورها في إدارة واستغلال المرافق العامة لفائدة الخواص يمثل خطرا على المرافق العامة**، إذ قد يؤدي إلى توظيف المرفق لخدمة المصالح الخاصة وإلى **تغييب ركن المصلحة العامة** الذي يعتبر الأساس الأول لقيام كل مرفق عام.

ولكن، قد تعتبر الدولة أن الاستغلال المباشر لبعض المرافق العامة لا يدخل في صميم نشاطها بحكم أنها غير قادرة على تأديته على الوجه الأكمل، فتقرّر تكليف أصحاب الشأن من الخواص للقيام بذلك مع تزويدهم بوسائل السلطة العامة لتحقيق أغراض المرفق ولكن دون التخلّي عن حقّها في الإشراف على طريقة أداء الخدمة.

[624] انظر : R. Chapus- *Droit administratif général*, op.cit, n° 800 et suiv

ويلاحظ في مستوى الأنشطة محلّ التأهيل تعدّد وتنوّع أشكال أشخاص القانون الخاص المؤهّلة: جامعات رياضية مكلّفة بتكوين الشباب وتأطيره وتنمية قدراته البدنية والفنّية والارتقاء به إلى أعلى المستويات الرياضية والأدبية[625]، مراكز فنيّة مختصّة بتطوير طرق الإنتاج في المجالات الصناعية والفلاحية[626]، مجامع الصيانة والتصرّف في المناطق الصناعية المختصّة بالمحافظة على هذه المناطق وإعادة تهذيبها،[627]، جمعيات المحافظة على المياه وعلى التربة...

الفقرة الثانية : صعوبة تحديد النشاط المرفقي موضوع التأهيل الأحادي

580- نذكّر بخصوص هذه المسألة أن **الأنشطة ذات المنفعة العامة المفوّض في استغلالها بصفة أحادية للخواص ليست كلّها مرافق عامة.**

ونشير إلى أن **ركن المصلحة العامة** الذي يتوقّف على وجوده الاعتراف بالصبغة المرفقيّة **لا يكون دائما واضح الملامح**، فعندما يجتمع الخواص للدفاع عن مصالحهم المشتركة في نقابات المالكين لا يمكن أن يكتسي هذا النوع من النشاط صبغة المصلحة العامة بحكم صبغته الفئوية[628]، أما إذا كانت المنفعة التي ستنجرّ عن النشاط المذكور على قدر من العموميّة ما يخوّل تجاوز المصالح الفئوية الضيّقة والوصول إلى خدمة مصالح المجموعة أو – على الأقلّ – أوسع شرائحها، كالمحافظة على البيئة وتكوين الناشئة وتنظيم الاقتصاد الوطني فإن هذا النشاط يكتسي صبغة مرفقيّة.

ونضيف من جهة أخرى أن **أسلوب التأهيل الأحادي يقتصر مبدئيا على المرافق ذات الصبغة غير النفعية** ولا يمتد إلى المرافق ذات الصبغة الاقتصاديّة، كالكهرباء والهاتف و(الأنترنات)، فهذه المرافق يجب استغلالها عن طريق المنشآت

[625] الفصل التاسع من القانون عدد11 المؤرخ في 10 فيفري 1995 المتعلق بالهياكل الرياضية

[626] انظر القانون عدد123 المؤرخ في 28 نوفمبر 1994 المتعلق بالمراكز الفنية في القطاع الصناعي والقانون عدد 4 المؤرخ في 19 جانفي 1996 المتعلّق بالمراكز الفنية في القطاع الفلاحي

[627] انظر القانون عدد16 المؤرخ في 31 جانفي 1994 المتعلق بتهيئة وصيانة المناطق الصناعية

[628] خلافا لما ذهب إليه مجلس التنازع الفرنسي و جانب من الفقه، راجع:
TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, GAJA n°7
A. Aouij-M'rad- *Droit des services publics*, op, cit., p.144

العموميّة أو عن طريق عقود اللزمة ولا يعقل التفويض في استغلالها للخواص بترخيص أحادي من الإدارة دون تطبيق القواعد الدنيا للمنافسة والشفافيّة على كلّ من يروم الترشّح لأداء الخدمة[629]، وهو ما يفسر إقرار مبدأ اخضاع كافة المرشحين لتشغيل الشبكات العمومية للاتصالات ولتزويد الحرفاء بهذه الخدمات إلى قواعد المنافسة عند إلغاء العمل بنظام اللزومات وتعويضه بنظام الترخيص أو الإجازة (*Licence*) بمقتضى الأحكام الجديدة لمجلة الاتصالات.

وتثور أيضا في هذا المجال إشكاليّة تحديد طبيعة الشخص المعنوي المكلّف بالاستـــغلال كلّما لم تتضمّن النصوص ما مـــن شأنه أن يخوّل الاهتداء إليها، ومثال ذلك الـــهيئات المهنية التي اعتبرها القضاء الإداري التونسي من أشخاص القانون العام " لأنها تجمع بين مقوّمات هذه الأشخاص"[630]، والمراكز الفنّية في القطاع الـــصـــناعي[631] التي اكتفى المشرّع باعتبارها "أشخاص معنويّة ذات مصلحة اقتـــصادية عامة" دون أيّة إشارة إضافيّة إلى هذه الصفة، ومجامع الأقطاب التكنولوجية التي وصفها المشرّع بأنها "مـــجامع ذات مصلحة عموميّة اقتصاديّة "[632].

في جميع هذه الحالات يتحتّم بصفة أوليّة حسم هذه المسألة لما لها من تأثير على القانون المنطبق الذي يغلب عليه الطابع العام أو الخاص حسب طبيعة الذات المعنويّة المعنيّة بالشأن، مع التذكير بأن القاضي الإداري يعتبر أنه لا يمكن **للذوات غير المسمّاة** اكتساب صفة الشخص العمومي إلا بتوافر **الشروط الثلاثة المتلازمة**

[629] كما حصل ذلك مثلا بالنسبة لخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات من نوع (الأنترنات) التي تخضع لترخيص مسبق من وزير الاتصالات وفقا لأحكام الفصل الخامس من مجلة الاتصالات والأمر عدد 501 المؤرخ في 14 مارس 1997 المتعلّق بالخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات وقرار وزير المواصلات المؤرّخ في 22 مارس 1997 المتعلّق بالمصادقة على كراس الشروط المحدّد الشروط الخاصة بوضع واستغلال الخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات من نوع (أنترنات)

[630] م.إ.، تع. 14 جويلية 1983، عدد212، أنور بشر سالف الذكر

[631] القانون عدد123 المؤرخ في 28 نوفمبر 1994 المتعلق بالمراكز الفنّية في القطاع الصناعي

[632] الفصل الثاني من القانون عدد 50 المؤرّخ في 3 ماي 2001 المنقّح بالقانون عدد 37 المؤرّخ في 12 جوان 2006 المتعلّق بالأقطاب التكنولوجيّة

المتمثلة في طبيعة الخدمة والانتفاع بامتيازات المصلحة العامة ورقابة الإدارة على طريقة أداء الخدمة العموميّة[633].

الفرع الرابـع : المؤسّسة العموميّة

582- يعدّ أسلوب المؤسّسة العموميّة أكثر الأساليب استخداما في إدارة المرافق العامة، وقد لجأت إليها معظم الدول نظرا لما يوفّره من مزايا في تصريف شؤون المرافق العامة[634]، لذا يكون من الضروري تحديد مفهوم المؤسّسة العموميّة قبل ضبط نظامها القانوني.

الفقرة الأولى : مفهوم المؤسّسة العموميّة

إن فكرة المؤسّسة العموميّة التي تبلورت في بداية القرن المنقضي قد فقدت وحدتها وانسجامها مع ظهور أشكال جديدة من المؤسّسات في الوقت الحاضر.

أ – المفهوم الأصلي للمؤسسة العموميّة

583- المؤسّسة العموميّة – وفقا للتعريف الأصلي – هي عبارة عن **شخص عمومي مكلّف بتسيير مرفق من المرافق العامة**، وتبعا لهذا التعريف يتضح أن فكرة المؤسّسة العموميّة تقوم على عنصرين أساسيين :

[633] قرار (*Narcy*) الصادر عن مجلس الدولة في 28 جوان 1963 سالف الذكر وقرار أنور بشر سالف الذكر؛ انظر رقم 547 أعلاه

[634] أنظر :

J.P. Thérond - *Recherche sur la notion d'établissement public*, op. cit.
F. Gazier - *Etude sur les établissements publics*, EDCE 1985, 1986.
H. Ayadi - *Les entreprises publiques et les offices en Tunisie*, op. cit.
A.Mestre - *Les services publics de l'administration tunisienne*, op.cit, p.124 et suiv.
A. Aouij-M'rad - *Droit des services publics*, op. cit., p.108 et suiv.
M. Beltaïef - *L'Etat et les entreprises publiques en Tunisie: Réflexions sur le contrôle*, op. cit.
K. Ben Messaoud- *La privatisation des entreprises publiques et des entreprises à participation publique*, Thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001
Le droit des entreprises publiques, Actes du Colloque organisé par l'ATDA sous la direction de Hafedh Ben Slah et Amel Aouij- M'rad les 11 et 12 mars 2005, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2006

1 – عنصر الاستقلاليّة

584- يعني هذا العنصر أن **تمنح المؤسّسة الشخصيّة المدنيّة** ليتحقّق لها القدر الكافي من الاستقلال قصد تمكينها من تحقيق أهدافها، لذا يعتبر التسيير عن طريق المؤسّسة العموميّة نوعا من **اللاّمركزية**، تعرف **باللاّمركزية الفنيّة أو المرفقية**[635].

ويؤدّي مبدأ الاستقلالية في المؤسّسات العموميّة إلى ثلاث نتائج رئيسية:

585- وجود **هياكل مستقلّة** تتمثّل من جهة في **عنصر تفاوضي يعرف بمجلس المؤسّسة** تقع تسمية أعضائه من طرف السّلطة العامة والمنظمات النقابية الأكثر تمثيلا أو يقع انتخابه مباشرة من طرف أعضاء المرفق، ومثال ذلك المجالس العلمية بالكليّات، ومجالس الغرف التجارية والصناعية، وتتمثّل من جهة أخرى في **عنصر تنفيذي** تقع تسمية أعضائه من طرف السّلطة العامة.

586- وجود **ذمّة مالية مستقلّة** بحيث تستقلّ المؤسّسة بمواردها وبمصاريفها وتكون لها ميزانية خاصة منفصلة عن ميزانية الشخص العمومي المتفرّعة عنه.

587- غير أن هذه الاستقلاليّة لا تعني الانفصال التام عن الأشخاص العمومية الأصلية، ضرورة أن استقلاليّة هذه الطائفة من الذوات العموميّة لا تكتسي صبغة مطلقة، إذ تسلّط على المؤسّسات العموميّة رقابة تعرف برقابة الإشراف، تهدف إلى التحقّق من عدم خروجها عن الأغراض المحدّدة لها من قبل المشرّع[636].

2- عنصر التخصّص

588- هذا هو العنصر الجوهري في المؤسّسة العموميّة الذي يخوّل تمييزها عن بقيّة أساليب إدارة المرافق العامة، فالأشخاص العمومية المرفقية خلافا للأشخاص العمومية الترابية **تنشأ لتحقيق أغراض محدّدة**، ليس لها أن تحيد عنها،

635 انظر رقم 102 أعلاه

636 حول هذه المسألة انظر:
M. Beltaïef - *L'Etat et les entreprises publiques en Tunisie*…, op. cit., p.

ولذا فإن قرار الإنشاء يتضمّن عادة الأغراض التي يعود إلى المؤسّسة تحقيقها[637]، وهذا العنصر هو الذي يعطي للمؤسّسة العموميّة بعدها الحقيقي، فهذه المؤسّسة تبدو بالدرجة الأولى طريقة من طرق إدارة المرافق العامة تقوم على أسباب فنيّة بحتة.

وننبّه في هذا الشأن إلى أن **ارتباط المؤسّسة العموميّة بالمرفق العام لا يكون مطلقا**، إذ يلاحظ أن القاضي الإداري الفرنسي قد منح مبكّرا هذه الصفة لبعض المنظّمات التي تباشر نشاطا فئويا، ومثال ذلك نقابات المالكين التي أوكل لها المشرّع مهمّة القيام ببعض الأعمال لمصلحة مشتركيها، فهذه الأعمال ليست مرفقيّة، على أن المشرّع قد زوّد هذه المنظّمات ببعض وسائل القانون العام لتحقيق أغراضها، كالانضمام الوجوبي وفرض المساهمات في التمويل على الأعضاء،الخ، وقد كان من المفروض أن تعتبر تلك النقابات **مؤسّسات خاصة ذات نفع عام** (*Association d'utilité publique*) كما صرّح بذلك المشرّع التونسي[638]، غير أن القضاء الفرنسي اعتبرها مؤسّسات عموميّة مراعاة للامتيازات السّلطوية الواسعة التي أقرّها لفائدتها المشرّع[639].

ب- تطوّر فكرة المؤسّسة العموميّة

شهدت فكرة المؤسّسة العموميّة تطوّرا أفقدها وحدتها وانسجامها إلى حدّ أدى بالبعض إلى الحديث عن (**أزمة المؤسّسة العموميّة**)[640]، ويمكن أن نلمس هذا التطوّر من خلال العناصر الثلاثة التالية:

637 راجع المقالة السابقة ذكرها :
J.C. Douence- *le principe de spécialité des personnes publiques,* RDP, 1972, p. 753

638 انظر الأمر عدد 542 المؤرخ في 22 مارس 1977 المتعلق بالمصادقة على القانون الأساسي النموذجي لنقابات المالكين

639 CE, 09 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac* précité

640 E. Fatôme- *A propos de la distinction entre les établissements à caractère administratif et les établissements publics à caractère industriel et commercial*, Mél. Chapus, p.171

1 - تنوّع أشكال المؤسّسات العموميّة

589- لقد تكثف تدخّل الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي إثر الاستقلال، ونتيجة لذلك ظهرت أشكال جديدة ومتنوّعة من المؤسّسات العموميّة تحمل نعوت مختلفة: شركات وطنية[641]، دواوين[642]، وكالات عقارية[643]، مؤسّسات عموميّة صحيّة[644]، مؤسّسات ذات صبغة ثقافية[645]، مؤسّسات ذات صبغة علمية[646]، الخ.

وقد أدّى هذا **التنوّع إلى إدخال شيئا من الغموض على هذا المفهوم،** فالقانون التونسي يميّز بين الأصناف التالية من المؤسّسات العموميّة: **المؤسّسات ذات الصبغة الإدارية والمؤسّسات ذات الصبغة الصناعية والتجارية،** ويضاف إلى هذا التصنيف التقليدي صنف جديد يعرف **بالمؤسّسات العموميّة غير الإداريّة.**

* المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الإداريّة والمؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة.

590- ظهر هذا التصنيف في أعقاب الحرب العالمية الأولى إثر اعتماد أسلوب الاقتصاد الموجّه نتيجة لتدخّل الدولة في الميدان الاقتصادي وذلك لدرء مخاطر الاقتصاد الحرّ، وأصبح من الوسائل الأساسية المعتمدة في تسيير المرافق

[641] انظر مثلا المرسوم عدد 8 المؤرخ في 3 أفريل 1962 المحدث للشركة الوطنية للكهرباء والغاز

[642] انظر مثلا المرسوم عدد 10 المؤرخ في 3 أفريل 1962 المحدث لديوان الحبوب

[643] انظر مثلا :

[644] راجع حول هذا الصنف:

A. Aouij-M Rad- *le statut juridique de l'établissement public de santé* , Mél., M'zioudet, p.253

[645] انظر مثلا القانون عدد 113 المؤرخ في 30 ديسمبر 1983 المتعلق بالمسرح الوطني

[646] انظر مثلا القانون عدد50 المؤرخ في 18 ماي 1992 المتعلق بالمعاهد العليا للدراسات التكنولوجية.

الاقتصادية إلى جانب المؤسّسات العموميّة التقليدية[647]، وقد أخذ به المشرّع التونسي مباشرة بعد الاستقلال.

وتكمن الغاية الأولى من اعتماد هذا التصنيف في محاولة تخليص طرق إدارة بعض المرافق الاقتصاديّة من قيود التصرّف العام وقواعد المحاسبة العمومية.

بيد أنّ التمييز بين المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الإدارية والمؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعية والتجارية **لا يكون يسيرا** في مستوى واقع العمل الإداري، فالمؤسّسات العموميّة لا تمارس دائما أنشطة متجانسة مع الوصف المسند لها بمقتضى النصوص، إذ هناك من المؤسّسات ما لها وجهان، أي أنها تمارس أنشطة مزدوجة : إدارية من جهة، وصناعية وتجارية من جهة أخرى، ومثال ذلك غرف التجارة والصناعة التي اعتبرها المشرّع " مؤسّسات عموميّة ذات مصلحة اقتصاديّة "، وأسند لها مهام إداريّة من جهة تتمثل بالخصوص في النهوض بالقطاع الخاص ودفع المبادرة والاستثمار بالجهة، ومهام تجاريّة من جهة أخرى تتمثل في تقديم خدمات بمقابل إلى المؤسّسات الاقتصاديّة[648]، كما أنّ هناك من المؤسّسات من تتولّى أنشطة إداريّة صرفة مع أنها معتبرة مؤسّسات عموميّة ذات صبغة صناعية وتجارية، ومثال ذلك المندوبية العامة للرياضة أو الوكالة العامة للتشغيل.

ويلاحظ من جهة أخرى أن النصوص لا توضّح دائما طبيعة المؤسّسة المحدثة، في هذه الحالة يجب البحث في الطبيعة الجوهريّة للمؤسّسة، فإذا تبيّن من خلال جملة من المؤشّرات أنّها تتصرّف في مرفق إداري صرف وجب إرجاع الأمور إلى نصابها ولو أدّى الأمر إلى قلب المفاهيم كما في صورة صدور نص ترتيبي أضفى خطأ الصبغة الصناعية والتجارية على مؤسّسة عموميّة تمارس في الحقيقة نشاطا ذا صبغة إدارية[649].

[647] راجع :

H. El Ayadi- *Les entreprises publiques*, op. cit. p.152 et suiv.

[648] التي تم بعثها مجدّدا بمقتضى القانون عدد 75 المؤرّخ في 30 نوفمبر 2006 بعد حذفها وإلغاء القوانين القديمة المتعلّقة بها كما تم ذلك بالنسبة للغرف الفلاحية بمقتضى القانون عدد 25 المؤرّخ في 15 مارس 2004 المتعلّق بحذف الغرف الفلاحية

[649] TC, 24 juin 1968, *FORMA*, AJ 1969, p.311, Note A. de Laubadère

* المؤسّسات العموميّة الإداريّة والمؤسّسات العموميّة ذات الصبغة غير الإدارية

591- وقع إقرار هذا التصنيف الجديد بمقتضى القانون عدد 74 المؤرّخ في 29 جويلية 1996 المنقّح لقانون المساهمات والمنشآت العموميّة[650]، وطبقا لمقتضيات الفصل 8 من هذا القانون أصبحت المؤسّسات العموميّة تتفرّع إلى صنفين أساسيين: مؤسّسات عموميّة إداريّة ومؤسّسات عموميّة لا تكتسي صبغة إدارية، وأصبح الصنف الثاني يتركّب بدوره من صنفين فرعيين: **المؤسّسات عموميّة التي لا تكتسي صبغة إدارية ولا تعتبر منشآت عموميّة والمؤسسات العموميّة التي لا تكتسي صبغة إدارية وتعتبر منشآت عمومية**[651]، وتعود أسباب اعتماد هذا التصنيف الجديد إلى ضرورة التمييز بين المؤسسات العمومية التي تعتبر امتدادا " لعمل الإدارة باعتبار تقديمها لأعمال تندرج ضمن اهتمامات الإدارة التقليديّة ممّا يجعل تسييرها بصفة عامة أقرب لطرق تسيير الهياكل الإداريّة"، وبين المؤسسات العمومية "التي تنتج سلعا أو خدمات قابلة للترويج '، وهو ما يستوجب "انتهاج أساليب تصرّف مماثلة لتلك المعمول بها بالشركات خفية الاسم"[652]، وبمقتضى هذه الأحكام أصبحت المؤسّسات التي لا تكتسي صبغة إدارية ولا تعتبر منشآت عموميّة تحدّد بطريقة سلبيّة، تتمثّل في طرح قائمة المنشآت العموميّة التي يقع ضبطها بأمر[653] من مجموع المؤسّسات ذات الصبغة غير الإداريّة، وهو ما يؤدي إلى الاعتراف للسلطة الترتيبية بحريّة مطلقة في تحديد

[650] القانون عدد 9 المؤرّخ في 1 فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات والمنشآت العمومية المنقح بالقانون عدد 102 المؤرخ في 1 أوت وبالقانون عدد74 المؤرّخ في 29 جويلية 1996

[651] انظر : M. Midoun- *Les établissements publics à caractère non administratif*, art. précité, p. 695 et suiv.

[652] ورد هذا التمييز في منشور الوزير الأول عدد 38 المؤرخ في 25 أوت 1997 المتعلق بالمساهمات و الإشراف على المنشآت و المؤسّسات العموميّة

[653] انظر الأمر عدد 2265 المؤرّخ في 26 سبتمبر2004 المتضمن تحديد قائمة المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الإداريّة و التي تعتبر منشآت عموميّة

محتوى هذا الصنف الجديد من المؤسّسات دون أن يكون ذلك متجانسا دائما مع إرادة المشرّع ومع طبيعة النشاط الممارس[654].

2- انفصال المؤسّسة العموميّة عن المرفق العام

592- في المفهوم الأصلي كان المرفق العام يمثّل عنصرا جوهريّا من عناصر التعريف، بحيث لم يكن بالإمكان الحديث عن مؤسّسة عموميّة دون وجود نشاط مرفقي تتولاّه المؤسّسة، ولم يكن يوجد استثناء لهذه القاعدة إلا في حالات شاذة[655]، ولكن مع تطوّر فكرة المؤسّسة العموميّة تعدّدت الاستثناءات، فالوكالة الوطنيّة للتبغ والوقيد ووكالة الكحول وشركة سباق الخيل التي أحدثت من طرف المشرّع في شكل مؤسّسات عموميّة لا يكتسي نشاطها صبغة مرفقيّة مؤكّدة.

وفي المقابل نلاحظ أن فقه القضاء الإداري قد رفض الاعتراف بصفة المؤسّسة العموميّة لبعض التنظيمات المكلّفة بتسيير مرافق عامة ومن بينها الهيئات المهنية ولكن مع الإقرار بصبغتها العمومية[656].

ونتيجة لهذا **التطوّر أصبح من الصعب جدّا التوافق على قواعد مشتركة بين مختلف المؤسّسات العموميّة.**

الفقرة الثانية : النظام القانوني للمؤسّسة العموميّة

593- **لا يوجد نظام قانوني موحدّ لكافة المؤسّسات العموميّة**، فطرق إنشاؤها تختلف سواء أكانت المؤسّسة وطنية أو محلّية، والقواعد المنظّمة لسيرها تختلف أيضا سواء تعلّقت بمؤسّسة ذات صبغة إدارية أو بمؤسّسة ذات صبغة غير إدارية.

[654] انظر M. Midoun- *Les établissements publics à caractère non administratif*, art. précité, p. 693

[655] انظر رقم 580 أعلاه

[656] انظر م إ.، تع.، 14 جويلية 1983، عدد 212 أنور بشر سالف الذكر

أ- طرق الإحداث

نتولى على التوالي عرض طرق إنشاء المؤسّسات العموميّة الوطنية و المؤسّسات العموميّة المحلّية.

1- طرق إحداث المؤسّسات العموميّة الوطنية

594- إلى حدّ صدور التنقيح الدستوري المؤرخ في 27 أكتوبر 1997 كان كلّ إحداث أو إلغاء لمؤسّسة عموميّة يخضع إلى اختصاص السّلطة التشريعية نظرا لانعكاسات هذا القرار على الالتزامات الماليّة للدولة، ثم جاء الفصل 34 من الدستور في صياغته الجديدة ليقتضي أن: " تتّخذ شكل قوانين النصوص المتعلّقة (...) بإحداث **أصناف** المؤسّسات العموميّة ".

وبالتالي لم يعد **يرجع للقانون سوى إحداث " صنف" من أصناف المؤسّسات العموميّة الوطنية**، أي فئة جديدة من المؤسّسات تلتقي في إطار موحّد وتتّسم بخصائص ذاتيّة ومشتركة تميّزها عن الأصناف السابقة، كالمؤسّسات العموميّة الصحيّة المشار إليها بالفصل 18 من القانون المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلّق بالتنظيم الصحّي، أو المؤسّسات العمومية ذات الصبغة العلميّة والتكنولوجية[657] أو غرف التجارة والصناعة[658] .

أمّا إحداث مؤسّسة عموميّة جديدة داخل الصنف[659]، وضبط طرق تنظيمها وسيرها، فإنه **يكون بأمر** طبقا لأحكام الفصل 35 من الدستور[660]، وفي صورة وجود شك أو اختلاف بين السلطتين التشريعية والتنفيذية حول هذا الاختصاص

[657] المحدثة بمقتضى القانون التوجيهي عدد 6 لسنة 1996 المؤرّخ في 31 جانفي 1996 المتعلّق بالبحث العلمي وتطوير التكنولوجيا المنقح بمقتضى القانون عدد 73 المؤرّخ في 9 نوفمبر 2006

[658] المحدثة بمقتضى القانون عدد 75 المؤرّخ في 30 نوفمبر 2006 المتعلق بغرف الصناعة والتجارة.

[659] م.د.، الرأي عدد لسنة 1995 المتعلّق بالمراكز المندمجة للشباب والطفولة المشار إليها بالقانون المؤرخ في 26 جويلية 1995 والتي تمّ إحداثها بمقتضى الأمر عدد2249 المؤرخ في 16 نوفمبر 1998، الرائد الرسمي عدد لسنة 1995، ص

[660] م.د.، الرأي عدد 42 لسنة 2006، الرائد الرسمي عدد 91 لسنة 2006، ص.4687.

يعود إلى رئيس الجمهورية أن يعرض المسألة على المجلس الدستوري ليبت فيها في أجل محدّد طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية جديدة من الفصل 35 من الدستور.

وجدير بالإشارة أن الصنف لا يكون بالضرورة متعدّد المفردات، بل يمكن أن يكون متركّبا من نموذج واحد، ومثال ذلك قصر العلوم بالمنستير الذي "لا يوجد مثيل للنشاط الموكول له على المستوى الوطني"[661]، فالمجلس الدستوري يعتبر أن المؤسّسة العموميّة تكون منصهرة في صنف جديد " بالرجوع إلى... خصوصيّة النشاط الموكول إلى المؤسّسة المندرجة ضمن ذلك الصنف وإلى فئة جهة الإشراف عليها"[662] أو "إلى طبيعة وخصوصية النشاط الموكول إلى المؤسّسة "[663]، وهو ما يؤكّد أخذه بالمعايير المعتمدة في القانون المقارن[664].

2- طرق إحداث المؤسّسات العموميّة المحلّية

595- إن ظاهرة المؤسّسات العموميّة المحلّية محدودة للغاية في تونس ويعود ذلك إلى ضعف اللامركزية الترابيّة[665]، فلا وجود لمؤسّسات عموميّة في مستوى الولاية ولا يمكن للمجالس الجهوية المحدثة بمقتضى القانون عدد11 المؤرّخ في 4 فيفري 1989 إنشاء مثل هذه المؤسّسات باعتبار أن الفصل 56 من القانون المذكور قد خصّ المشرّع بهذا الاختصاص وبالتالي فإن نظام إنشاء وإلغاء

[661] م.د.، رأي عدد 14 لسنة 2007 بخصوص مشروع قانون يتعلق بإحداث قصر العلوم بالمنستير، الرائد الرسمي لسنة 2007، ص.1961 و 1962

[662] م.د.، الرأي عدد 42 لسنة 2006 الذي اعتبر بمقتضاه المجلس أن المؤسّسات العموميّة للبحث العلمي " صنف من أصناف المؤسّسات العموميّة يتطابق إحداثها بمقتضى قانون " مع أحكام الفصل 34 من الدستور، الرائد الرسمي عدد 91 لسنة 2006، ص. 4686

[663] م.د.، الرأي عدد21-2007 بخصوص مشروع قانون إحداث الوكالة الوطنيّة لمكافحة تعاطي المنشطات (ر.ر.ج. ت. عدد64 لسنة 2007، ص.2907)

[664] CE., Ass. 24 novembre 1978, *Syndicat national. du personnel de l'énergie atomique*, A.J., 1979, p. 42, Concl. M.A. Latournerie, note M. Bazex

[665] M. Ben Letaïef -*Les services publics locaux, in Décentralisation et démocratie*, p.153 et suiv. et L. Tarchouna- *L'état du service local entre l'Etat et la décentralisation*, Mél.Chaibia, Edit. Clé, 2007, p.127 et suiv.

المؤسّسات العموميّة في مستوى الولاية هو ذات النظام الذي يطبّق على المؤسّسات الوطنيّة[666].

أمّا المؤسّسات العموميّة في مستوى البلديات فإن إنشائها يكون طبقا للطريقة المقرّرة بالفصل 130 جديد من القانون الأساسي للبلديات التي تخوّل لهذه الذوات إحداث مؤسّسات عموميّة لغاية التصرّف في مرافقها العمومية، ويكون الإحداث بمقتضى مداولة صادرة عن المجلس البلدي تكون خاضعة لمصادقة وزير الداخلية بعد أخذ رأي وزير المالية[667].

ب- قواعد سير المؤسّسات العموميّة الإداريّة

596- **لا تختلف القواعد التي تحكم سير المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الإدارية عن تلك التي تطبّق في حالة الاستغلال المباشر إلا في الجزء الضئيل**[668]، إذ تخضع هذه المؤسّسات مبدئيّا إلى قواعد القانون الإداري وتتمتّع بامتيازات السّلطة العامة، فالقرارات الصادرة عنها تكون قرارات إدارية، والعقود التي تبرمها تكون عقودا إدارية، وعمّالها موظفون عموميون، والأشغال التي تتمّ لصالحها أشغال عامة، وتتحمّل هذه المؤسّسات عند القيام بأعمالها التزامات السّلطة العامة، فلا يمكن أن تؤاخذ إلا طبقا لقواعد المسؤولية الإدارية، وتعود نزاعاتها إلى اختصاص القاضي الإداري.

597- أمّا من الناحية المالية وبالرغم من إبقاء ميزانيتها ملحقة لميزانية الدولة تحتفظ هذه المؤسّسات بذمّة مالية مستقلّة عن الذمّة الماليّة للدولة، وهو ما يخوّل لها تلقّي الهبات والوصايا من الأفراد والإعانات، والاحتفاظ بالموارد المتولّدة عن النشاط الذي تمارسه، وقد أدى إحداث صنف المؤسّسة العمومية ذات الصبغة

[666] انظر في الاتجاه المعاكس:
L. Tarchouna- *L'état du service local entre l'Etat et la décentralisation*, art. précité p.136

[667] ومثال ذلك الوكالة البلدية لمعالجة الفضلات وتحويلها التابعة لبلدية تونس انظر في هذا الشأن:
M. Ben Letaïef- *Les services publics locaux*, p.166

[668] انظر رقم من 563 إلى 566 أعلاه

غير الإدارية والتي لا تعتبر منشأة عموميّة إلى تليين طرق التصرّف في شؤونها وذلك بتنقيح مجلة المحاسبة العموميّة بمقتضى القانون عدد 86 المؤرّخ في 6 نوفمبر 1996، وطبقا لهذا التنقيح أصبحت المؤسّسة العموميّة " التي تعتبر امتدادا لعمل الإدارة " - سواء أكانت ذات صبغة إدارية أو غير إداريّة - تسيّر من طرف هياكل تتمثّل في مدير أو متصرّف تراقب أعماله لجان أو هيئات ذات صبغة استشاريّة تحدّد تركيبتها بأمر، لا تخضع إلا لإشراف الوزير الذي يعود له المؤسّسة بالنظر، كما أصبح للمؤسّسة ميزانية تجهيز خاصة بها بعد أن كانت ميزانية تجهيزها مندمجة في ميزانية الدولة، وأصبح بإمكان مدير المؤسّسة عقد نفقاتها وتصفيتها بواسطة تعهدات احتياطية في حدود النصف من الاعتمادات المفتوحة وخلاص نفقاتها بواسطة صكوك بنكية أو بريديّة.

ج- قواعد سير المؤسّسات العموميّة التي لا تكتسي صبغة إدارية ولا تعتبر منشآت عموميّة

598- يشمل هذا الصنف أشكالا متنوعة نذكر من بينها المؤسّسات العموميّة الصحيّة[669]، والمؤسّسات العموميّة ذات الصبغة العلميّة والفنيّة[670]، والوكالة التونسيّة للتردّدات[671]، وقد أراد المشرّع من وراء إقرارهذا التصنيف الجديد إدخال شيئا من **المرونة** على طرق التصرّف في هذا النوع من المؤسّسات، تؤدي إلى منحها **استقلالية أوسع** من تلك المسندة للمؤسّسات العموميّة التقليديّة[672].

[669] المحدثة بمقتضى القانون عدد63 المؤرخ في29 جويلية 1991 المتعلق بالتنظيم الصحّي

[670] المحدثة بمقتضى القانون التوجيهي عدد 6 لسنة 1996 المؤرّخ في 31 جانفي 1996 المتعلّق بالبحث العلمي وتطوير التكنولوجيا كما وقع تنقيحه بمقتضى القانون عدد 73 المؤرّخ في 9 نوفمبر 2006

[671] المحدثة بمقتضى الفصل 47 من القانون عدد 1 المؤرخ في 15 جانفي 2001 المتعلق بإصدار مجلّة الاتصالات المنقّح والمتمّم بالقانون المصادق عليه من قبل مجلس النواب في جلسته المنعقدة بتاريخ 25 ديسمبر 2007

[672] انظر: M. Midoun- *Les établissements publics à caractère non administratif*, art. précité, p. 695 et suiv.

الفرع الخامس : المنشآت العموميّة

599- إنه من الصعب جدّا إعطاء تعريف موحّد للمنشأة العموميّة[673]، " فالمنشأة العموميّة تشكّل دائما مصدر إزعاج لرجال القانون"[674]، ويعود ذلك إلى **الصبغة المتباينة لهذا المفهوم** الذي يتكوّن من لفظتين متناقضتين تحيل الأولى إلى المبادرة الخاصة وإلى **الحريّة** وتحيل الثانية إلى الصبغة العموميّة وإلى **السّلطة**.

الفقرة الأولى: مفهوم المنشأة العموميّة

600- تتجلى الخصائص العامة للمنشأة العموميّة في العناصر التالية:

– هي من **أشخاص القانون العام** (المؤسسات العمومية) **أو من الأشخاص المعنوية في القانون الخاص** (الشركات التجارية) وهو ما يؤكّد الطبيعة المتباينة لهذا المفهوم

– التي تمارس **نشاطا صناعيا أو تجاريا** وهو ما يبرز صبغة المشروع الخاص في هذه المنظومة **دون أن يعني ذلك بالضرورة عدم جواز تكليفها بإدارة مرفقا عاما**، إذ إلى جانب المنشآت العموميّة التي لا تستغلّ مرافق عامة (شركة

[673] انظر:

J. Rivéro et J. Waline- *Droit administratif*, op. cit., n° 504 et suiv.
M. Durupty- *Les entreprises publiques*, PUF, 1986
H. Ayadi - *Les entreprises publiques et les offices en Tunisie*, op. cit.
A.Mestre - *Les services publics de l'administration tunisienne*, op.cit, p.124 et suiv.
M. Beltaïef - *L'Etat et les entreprises publiques en Tunisie* : recherche sur le contrôle, op. cit., p. 98 et suiv.
K. Ben Messaoud- *La privatisation des entreprises publiques et des entreprises à participation publique*, Thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001
Le droit des entreprises publiques, Actes du Colloque organisé par l'ATDA sous la direction de Hafedh Ben Slah et Amel Aouij- M'rad les 11 et 12 mars 2005, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2006

[674] K. Ben Messaoud- La notion d'entreprise publique in «*Le droit des entreprises publiques* », op. cit., p.5

سباق الخيل، الشركة التونسية لصناعات التكرير، الخ) نجد منشآت مكلّفه بإدارة مرافق عامة (الشركة التونسية للكهرباء والغاز، الشركة التونسية لتوزيع المياه، شركة تونس الجوية، الخ)

– والتي تخضع في أعمالها وتصرّفاتها **لرقابة السلطة العامة**

601- وقد لجأت الدولة بعد الاستقلال إلى هذا الأسلوب بصفة مكثّفة حرصا منها على استرجاع سيادة البلاد على ثرواتها (وذلك بتأميم منشآت الكهرباء والنقل والفلاحة) وتجاوز ضعف المبادرة الخاصة الوطنيّة (وذلك بالاستثمار المباشر في قطاعات المناجم والطاقة والدواء، الخ)[675]، أما اليوم وفي ظلّ السياسة الجديدة التي تنادي بالحدّ من تدخّلات الدولة في المجال الاقتصادي نلاحظ تراجع دور المنشآت العموميّة في إدارة المرافق العامة بالتوازي مع تقدّم أساليب التأهيل التعاقدي لأشخاص القانون الخاص التي تبدو أكثر انسجاما مع قواعد اقتصاد السوق[676].

الفقرة الثانية : تنوّع أشكال المنشآت العموميّة

602- ينص الفصل 8 من القانون عدد 74 لسنة 1996 المنقّح لقانون المساهمات والمنشآت العموميّة على أن تعتبر منشآت عمومية على معنى هذا القانون:

– المؤسسات العموميّة التي تضبط قائمتها بأمر

– الشركات التي تمتلك الدولة رأس مالها بصفة كلية

– الشركات التي يمتلك الشخص العمومي أو الشركات ذات الرأس المال العمومي أكثر من 50% من رأس مالها كل بمفرده أو بالاشتراك

[675] انظر في هذا الشأن:
A.Mestre - *Les services publics de l'administration tunisienne*, op.cit, p.139 et 140

[676] انظر من رقم 560 إلى 569 أعلاه

603- ويؤدي هذا التعريف إلى التمييز بين المنشآت العمومية والشركات ذات المساهمات العموميّة التي تشارك الأشخاص والمنشآت العموميّة في رأسّ المال بالأقلية، ومنها على وجه الخصوص البنوك وشركات التأمين ذات المساهمات العموميّة».

أ- المؤسسات العموميّة التي لا تكتسي صبغة إداريّة والتي تعتبر منشآت عموميّة

604- يتوافق هذا الصنف مع فئة المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة المشار إليه أعلاه[677]، فالمؤسسة العموميّة التي تعتبر منشآت عموميّة هي المؤسّسة التي تمارس نشاطا تجاريا بطريقة لا تختلف عن تلك التي تعتمد من طرف التاجر العادي، أي المؤسّسة التي تمثل وحدة إنتاج لمواد أو لخدمات توزّعها في مقابل أسعار أو تعريفات تتفق مع تكاليفها، والتي تخضع إلى رقابة السلطة العامة[678].

605- على أن هذه المعايير النظريّة قد أصبحت عديمة الجدوى إثر صدور القانون عدد 74 لسنة 1996 الذي أضحى بمقتضاه تحديد هذا الصنف من المؤسّسات يتم بواسطة السلطة الترتيبيّة العامة في شكل أمر يتضمّن قائمة اسميّة لهذه الفئة من المؤسسات، وبالفعل وطبقا لمقتضيات الفصل الثامن من القانون المذكور صدرت النصوص الترتيبية المتضمّنة قائمة المؤسسات العموميّة غير إدارية التي تعتبر منشآت عموميّة في 45 مؤسّسة[679]، غير أنه وبالاطلاع على هذه القائمة يتضح أن المؤسّسات المدرجة لا تمارس كلّها أنشطة اقتصاديّة، فمركز النهوض بالصادرات مثلا يمارس نشاطا إداريا صرفا، كما أن نشاط الصناديق

[677] انظر رقم 591 أعلاه

[678] K. Ben Messaoud- *La notion d'entreprise publique* in «*Le droit des entreprises publiques* », op. cit., p.8 à 14

[679] الأمر عدد 2265 المؤرخ في 27 سبتمبر 2004 والمنقّح بالأمر عدد 2560 المؤرّخ في 23 أكتوبر 2007

الاجتماعية لا يكتسي صبغة تجارية، فلا يمكن اعتبار هذه المؤسّسات منشآت عموميّة.

ب- الشركات ذات الرأس المال العمومي

606- تتمثل هذه الطريقة في سلوك المشرّع أساليب الرأس مالية بإحداث شركة خفيّة الاسم تمتلك الدولة رأسمالها بصفة كلية، وقد يتم ذلك إما بصفة أصلية كما حصل عند إحداث الشركة الوطنية العقارية للبلاد التونسيّة[680]، وإما بمقتضى اتفاقية تبرم مع أصحاب شركة أو مجموعة من الشركات، تؤدي إلى شراء الدولة لكامل الأسهم كما حصل عند إحداث الشركة التونسية للتكرير والشركة التونسيّة لتوزيع البترول[681]، أو بمقتضى قانون يتضمن تحويل شكل المساهمة للدولة من مؤسّسة عمومية ذات صبغة غير إداريّة إلى شركة خفية الاسم ذات رأس مال عمومي كما حصل سنة 2004 عند تغيير الشكل القانوني للشركة الوطنية للاتصالات[682]، وخلافا لما ذهبت إليه السلطة الترتيبيّة لا تعتبر هذه الشركات مؤسسات عموميّة بحيث أن إدراج البعض منها في قائمة المؤسسات العمومية ذات الصبغة غير الإدارية والتي تعتبر منشآت عموميّة بمقتضى الأمر عدد 2265 لسنة 2004 سالف الذكر لا معنى له.

ج- شركات الاقتصاد المختلط

607- تقوم هذه الطريقة على أساس **اشتراك أشخاص القانون العام والخواص معا في استغلال نشاط صناعي أو تجاري**، ويتّخذ هذا الاشتراك شكل شركة خفية الاسم تكتتب الدولة أو جماعة محلّية في جزء من رأس مالها، فتشترك

[680] المحدثة بمقتضى القانون عدد 19 المؤرّخ في 17 سبتمبر 1957 المتعلّق بالمصادقة على قانونها الأساسي

[681] بمقتضى القانون عدد 81 المؤرّخ في 20 ديسمبر 1975 المتعلّق بالمصادقة على اتفاقية شراء الأسهم المبرمة في 7 أوت 1975 بين الدولة التونسيّة ومجمع الشركات التابعة لشركة " ENI " الإيطاليّة (الرائد الرسمي لسنة 1975، ص. 2852)

[682] بمقتضى القانون عدد 30 المؤرّخ في 5 أفريل 2004

في إدارتها وتتحمّل – كباقي المساهمين – مخاطرها[683]، ومثال ذلك الوكالة التونسيّة (للأنترنات)[684] على أن شركات الاقتصاد المختلط ليست كلّها منشآت عموميّة، إذ يمكن أن تكون نسبة مساهمة الأشخاص العموميّة في رأس المال أقل من 50%، فالعبرة إذن في هذا النوع من الشركات هي باختلاط رؤوس الأموال الخاصة والعامة دون أن تكون لهذه الأخيرة بالضرورة الأغلبية في رأس المال، ويتم إحداث شركات الاقتصاد المختلط إما بمقتضى عقد، كأن تقرّر الدولة شراء أسهم الشركة عند عرضها للبيع بسوق الأوراق المالية أو كأن تقرّر من جهتها – وفي نطاق عملية خصخصة جزئية – فتح رأس مال شركة تمتلك رأس مالها كليا وذلك ببيع نسبة من رأس مالها إلى الخواص كما حصل ذلك بالنسبة إلى شركة اتصالات تونس[685] أو كأن تتفق الدولة مسبقا مع بعض الخواص على التعاون معهم لتحقيق المصلحة العامة، وإما بمقتضى قرار إداري، كأن تفرض الدولة مساهمتها في رأس المال على أصحاب الشركة.

الفقرة الثالثة : النظام القانوني للمنشآت العموميّة

608– لئن كانت للمنشآت العموميّة صفة التاجر فإنها تبقى تاجرا عموميّا لا محالة، وبالتالي فإن صبغتها العموميّة تؤثر في قواعد تنظيما وسيرها، إذ يقع تعيين البعض من مسيّريها بمقتضى قرار إداري ويمكن الاعتراف لها ببعض امتيازات السلطة العامة، كالانتزاع من أجل المصلحة العامة والاستخلاص

683 A. Aouij M'rad- *Droit des services publics*, op.cit., p.140 et suiv.
P. Delvolvé- *De la nature juridique des sociétés d'économie mixte*, RDP, 1973, p.351.

684 تم الإعلان عن تأسيس هذه الوكالة في شكل شركة خفيّة الاسم بجريدة الإعلانات الرسميّة وتتوزّع أغلبيّة رأس مالها بين الشركة الوطنيّة للاتصالات "اتصالات تونس" بنسبة (37%) والوكالة التونسيّة للاتصال خارجي بنسبة (13%) ومركز الدراسات والبحوث للاتصالات بنسبة (5%)، وطبقا للفصل 13 من قرار وزير المواصلات المؤرّخ في 30 ديسمبر 2000 تحتكر هذه الوكالة استغلال الخدمات ذات القيمة العالية (للإنترنات) في تونس، وتمثل المعبر المفوض للارتباط بالشبكة العالميّة (للإنترنات) وهمزة الوصل بين "اتصالات تونس " ومزودي الخدمات المحليين من جهة، ومستعملي المرفق من جهة أخرى

685

الجبري، أما صفقاتها فتكون خاضعة إلى القواعد العامة التي تسري على مختلف الصفقات العموميّة طبقا لأحكام الفصل الأوّل، فقرة ثالثة من مجلة الصفقات العموميّة فيما عدا طلبات التزوّد بمواد أو بخدمات للمنشآت التي تنشط في محيط تنافسي التي يقع ضبط قائمتها بأمر[686].

وتطرح فيما يخص الممتلكات التي تتصرّف فيها إشكالية تحديد الشخص العمومي الذي تعود له بالملكيّة[687]. في البداية كانت النصوص المحدثة لكل منشأة لا تميّز بين الأملاك العمومية والخاصة، بل تسند لها بكامل حقوق الملكيّة كافة الأملاك اللازمة للاستغلال – بما في ذلك مفردات الملك العام –[688]، ثم تغيّرت الأوضاع لما اتضح أن هذه النصوص لا تتماشى مع الخصائص الجوهريّة لهذا الملك الذي لا يصحّ تفويته ولا ملكه بطول مدّة الحوز[689]، فوقع مراجعة النصوص وإرجاع الأمور إلى نصابها بالاقتصار على إسناد مجرّد حقوق الاستغلال والتصرّف في مفردات هذا الملك إلى المنشأة المعنيّة بمقتضى عقود لزمة استغلال[690]، أما بقيّة الممتلكات التي لا تتوفّر فيها الصبغة العموميّة فإنها ترجع بالملكيّة إلى المنشآت العموميّة وتخضع للنظام العام للملكيّة الفرديّة فيما عدا بعض القواعد الخصوصيّة التي تطبّق عند التفويت فيها.

686 انظر الأمر عدد 1330 المؤرّخ في 4 جوان 2007 المتضمّن هذه القائمة

687 راجع:
A.Mestre - *Les services publics de l'administration tunisienne*, op.cit, p.139 et 140 et A. Aouij M'rad-*Les biens des entreprises publiques*, in " *Le droit des entreprises publiques*", op.cit., p. 59 et suiv.

688 ينص الفصل 3 من المرسوم القديم عدد 8 المؤرّخ في 3 أفريل 1962 المحدث للشركة التونسيّة للسكك الحديديّة مثلا أن الدولة تسند إلى الشركة التونسية للسكك الحديدية مع كامل حقوق الملكيّة مفردات الملك العمومي للسكك الحديديّة اللازمة للاستغلال

689 وفقا لمقتضيات الفصل الثالث من الأمر المؤرّخ في 24 سبتمبر 1885 المتعلق بالملك العمومي للدولة

690 وفقا لمقتضيات الفصل الثاني من القانون عدد 90 المؤرخ في 2 نوفمبر 1998 المتعلّق بالسكك الحديدية واتفاقية استغلال الملك العمومي للسكك الحديدية المبرمة بين الدولة وهذه الشركة في 9 سبتمبر 1999

609- فيما عدا هذه الخصائص المميّزة تخضع المنشآت العموميّة للقانون التجاري وللتشريع المتعلّق بالشركات التجارية من حيث تنظيمها وسيرها، كما يخضع أعوانها فيما عدا بعض الاستثناءات إلى النظام الأساسي الخاص الذي جاء به القانون عدد 78 المؤرخ في 5 أوت 1985 وإلى أحكام مجلة الشغل فيما لا تعارض مع مقتضيات القانون المذكور[691]، وتخضع عقودها إلى القانون المدني، وتبعا لذلك تكون ملزمة باحترام كافة الالتزامات المحمولة على التجار، وبخاصة واجب التسجيل بالسجل التجاري ومسك محاسبة مطابقة لنظام المحاسبة للمؤسّسات[692] ودفع الضرائب طبقا التشريع الجبائي الجاري به العمل، أما نزاعاتها فتكون خاضعة مبدئيّا إلى القانون الخاص وإلى اختصاص المحاكم العدلية وفقا لمقتضيات الفصل 2 من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المتعلّق بتوزيع الاختصاص بين جهازي القضاء العدلي والإداري، على أن القضاء لم يتقيّد دائما بهذه الضوابط، بل اختار تغليب معايير أخرى ذات صبغة ماديّة كلّما تبيّن أن الأمر يتعلّق بتصريف شؤون مرفق عام وباستعمال أساليب السلطة العامة[693].

الفقرة الرابعة : علاقة المنشآت العموميّة بالدولة

610- تهتم الدولة عن قرب بنشاط المنشآت العموميّة وتسعى إلى وضع القواعد التي من شأنها التوفيق بين ما يلزم من حرية لتمكين منشآتها من التصرّف في شؤونها على الوجه الأفضل وما يلزم من رقابة للحفاظ على الأموال العموميّة والمصلحة العامة.

أ - الرقابة على المنشآت العموميّة

611- لقد بقيت المنشآت العموميّة إلى وقت قريب خاضعة لوسائل رقابة مشدّدة ومتنوّعة تماشيا مع سياسة الاقتصاد الموجّه التي كانت تعتمد المركزيّة

[691] انظر :

S. Cherif et M. Kammoun- *L'entreprise publique en Tunisie*, Tunis, CREA 1994, p.229 à 389

[692] المقرّر بمقتضى القانون المؤرخ في 30 ديسمبر 1996

[693] F. M'kaouer- *Le régime contentieux des entreprises publiques*, in " Le droit des entreprises publiques", op. cit., p. 71 et suiv

المفرطة في اتّخاذ القرار، ثم تغيّرت الأفكار بعد أن بات واضحا أن هذا النوع من الرقابة يولّد اللامسؤوليّة واللامبالات وسوء التصرّف في الأموال العموميّة، ويؤثر سلبا في مردود المنشآت العموميّة، ونتيجة لذلك قرّرت الدولة مراجعة آليات الرقابة في اتجاه التخفيف، ومنح الهياكل المسيّرة ما يلزم من استقلاليّة ومن مرونة لتصريف شؤونها على الوجه الأفضل في مقابل تعهّدهم - بمقتضى عقود إدارة أو برامج - بتحقيق الأهداف المرسومة للمنشأة من طرف السلطة العامة على المدى المتوسّط[694].

ونتيجة لذلك أصبحت وسائل الرقابة التي تعتمدها الدولة في علاقتها بالمنشآت العموميّة تتّخذ الوجهان التاليان :

612- رقابة تمارس من داخل المنشأة بواسطة مراقب الدولة الذي يمثل المساهم العمومي بمجلس الإدارة و له أن يبدي رأيه وتحفّظاته في كلّ المسائل المتّصلة باحترام القوانين والتراتيب وفي المسائل التي لها انعكاس على الوضع المالي للمؤسّسة[695] أو بواسطة المفوّض الخاص للدولة الذي تعود له مهمّة الدفاع عن مصالح الدولة خلال انعقاد الجلسات العامة

613- ورقابة تمارس من الخارج بواسطة سلطة الإشراف ممثلة في شخص الوزير المشرف على القطاع الذي تعود له مهمّة المصادقة على عقود البرامج والميزانيات التقديرية والقوائم المالية ومداولات مجالس الإدارة ومجالس المراقبة وأنظمة التأجير والزيادات في الأجور واتفاقات التحكيم والشروط التحكيمية واتفاقيات الصلح[696].

وعلى هذه المنشآت أن تمدّ الوزارة الأولى ووزارة المالية ووزارة التنمية ومجلس النواب ومجلس المستشارين عبر سلطة الإشراف بالوثائق الأساسية التي من شأنها أن تمكّن هذه السّلطات من الاطّلاع على نشاطها ووضعها المالي.

[694] حول هذه المسألة انظر :

A. Mestre - *Les services publics de l'administration tunisienne*, op.cit, p.171

[695] الفصل 15 من الأمر عدد 2198 المؤرخ في 7 أكتوبر 2002

[696] الأمر عدد 2198 المؤرخين في 7 أكتوبر 2002

614- بالإضافة إلى ذلك تمارس دائرة المحاسبات رقابة خارجية مستقلّة على تصرّف المنشآت العموميّة والمنشآت ذات المساهمة العموميّة في المال العمومي[697].

ب- الخصصة والتطهير وإعادة هيكلة المنشآت ذات المساهمات العموميّة

615- وقع اعتماد توجّه الخصصة[698] في أعقاب الأزمة المالية الحادة التي عاشتها البلاد في أواخر الثمانينات، ويمثل هذا التوجّه قطعا مع سياسات الاقتصاد الموجّه المعتمدة منذ الاستقلال والتي أدت إلى تضخّم القطاع العمومي بصورة أصبح معها من الصعب جدّا تحديد مكوّناته والتحكّم في محتوياته والمحافظة على توازناته الماليّة[699].

616- وقد انطلق التفكير في السبل الكفيلة بتخلّي الدولة عن بعض مساهماتها في المجال الاقتصادي في أواخر الثمانينات، إثر اعتماد سياسة جديدة ذات نزعة نيولبراليّة مؤكّدة تجسّمت في تبنّي برنامج التعديل الهيكلي للاقتصاد تحت تأثير صندوق النقد الدولي سنة 1986، فقد تضمّنت أهم توجّهات هذا المخطّط مناشدة " الدولة بالتخفيض من حجم القطاع العمومي والتخلّي عن المنشآت الاقتصاديّة التي تعمل في محيط تنافسي ولا تمثل أولويّة وطنيّة "، وتنفيذا لهذه التوجّهات صدر القانون عدد9 المؤرّخ في1فيفري1989 المتعلّق بالمساهمات

[697] طبقا لمقتضيات القانون عدد 8 المؤرخ في 8 مارس 1968 المنظم لدائرة المحاسبات كما وقع تنقيحه بمقتضى القانون الأساسي عدد 82 المؤرخ في 29 أكتوبر 1990

[698] حول ظروف بعث هذه التجربة ونتائجها الأوليّة راجع:

A. Essoussi- la politique de privatisation en Tunisie, in, « *Les finances publiques : instruments des politiques publiques* », Etudes de l'IREDE, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1998, p. 209-226.

K. Ben Messaoud- *La privatisation des entreprises publiques et des entreprises à participation publique*, op.cit, p. et suiv.

[699] انظر في هذا الشأن :

A.Mestre - *Les services publics de l'administration tunisienne*, op.cit, p.160 et suiv.

والمنشآت العموميّة الذي تعلّق كامل عنوانه الثالث "بإعادة هيكلة المنشآت ذات المساهمات العموميّة "[700].

617- وفي الحقيقة فإن لفظة " الخصصة " لا تتفق تماما مع عبارات "التطهير" و"إعادة الهيكلة" الواردة بهذا القانون، فالخصصة في معناها الدقيق تعني إحالة المنشآت العموميّة بصفة نهائية إلى الخواص، أما التطهير فهو يفيد الحفاظ على التوازنات العامة للمنشآت ذات المساهمات العموميّة وقد تتّخذ هذه العمليّة عدّة أشكال، نذكر من بينها تخلي الدولة عن ديونها[701]، أو منح منشآتها الإعانات والمساعدات المالية اللازمة لتجاوز الصعوبات الظرفية أو الهيكليّة التي تمرّ بها، أو تمكينها من الترفيع في الرسوم التي تفرضها على مستعملي المرفق أو من وضع برنامج خاص يهدف إلى التخفيف من الأعباء المحمولة عليها، وقد تكون هذه العمليّة سابقة للخصصة، وقد تكون مستقلّة تماما عنها، فعملية التطهير تتمثل في كافة التدابير ذات الصبغة الإداريّة والماليّة التي تتّخذها السلطة العامة لتحسين مردود المنشآت العموميّة دون أن يؤدي ذلك بالضرورة إلى إحالة هذه المنشآت إلى الخواص، أما عبارة إعادة الهيكلة فهي أوسع مدى من الخصصة، لأنها تسري على كافة المساهمات العموميّة وتشمل عمليات التفويت في جزء من رأس المال دون فقدان السيطرة على السلطة التقريريّة داخل المنشأة أو إحالتها نهائيا إلى القطاع الخاص، ويتأكّد ذلك بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 24 من القانون عدد 9 لسنة 1989 ومنشور الوزير الأول عدد 33 المؤرّخ في 21 جوان 1989 التي حدّدت حالات إعادة الهيكلة في العمليات التالية:

618- التفويت أو تبادل الأسهم أو السندات التي تمتلكها الدولة، وهي العمليات التي تتم بصفة أساسيّة عن طريق بورصة الأوراق المالية، بواسطة

[700] المنقح و المتمّم بالقانون عدد 102 المؤرّخ في 1 أفريل 1994 وبالقانون عدد 74 المؤرّخ في 29 جويلية 1996 وبالقانون عدد 38 المؤرّخ في 3 ماي 1999 وبالقانون عدد 38 المؤرّخ في 30 مارس 2001 وبالقانون عدد 36 المؤرّخ في 3 ماي 2006

[701] كما حصل ذلك بمقتضى القانون عدد 72 المؤرّخ في 4 أوت 2005 المتعلّق بتطهير الوضعية المالية للشركة التونسية للسكك الحديديّة

العروض العمومية للبيع (*OPV*)[702] أو بواسطة أفضل العروض المقدمة خلال تداول الأسهم في الحصة المخصّصة لذلك بالبورصة(*cession au mieux du marché*)[703]، أو – وبصفة استثنائيّة – عن طريق الاتفاق المباشر، و هذه الطريقة الأخيرة لا تتفق مع مبادئ الشفافية التي يجب أن تحكم التصرّف في الأموال العموميّة

619– اندماج (*fusion*) أو ضم (*absorption*) أو انفصال (*scission*) المنشآت التي تملك الدولة فيها مساهمة مباشرة في رأس المال، وهي من العمليات التي قد تؤدي إلى إحالة المنشآت العموميّة أو المنشآت ذات المساهمة العموميّة إلى إحدى الشركات الخاصة، أو إلى انفصال رأس مال هذه المنشآت بتأسيس شركتين جديدتين فأكثر، غير أنه نادرا ما يقع اللجوء إلى هذا الأسلوب المتشعّب في عمليات الخصخصة.

620– التفويت في كل عنصر من مكوّنات الأصول الذي يمكن استعماله كوحدة استغلال مستقلّة في منشأة تمتلك الدولة مساهمة مباشرة في رأس مالها، وهي الطريقة التي قد تلجأ لها الدولة عندما تكون هذه العناصر متفاوتة القيمة وعندما لا يسمح الوضع المالي للمنشآت المعنية بالشأن التفويت في كامل عناصر أصولها[704].

621– ويمكن أن نضيف إلى ذلك عمليات التصفية الرضائية التي قد تلجأ لها الدولة للتخلّص من المنشآت التي تشكو عجزا هيكليا غير أن ذلك لا يمكن أن يتم إلا بعد أخذ الرأي المسبق للجنة التطهير وإعادة الهيكلة[705].

---

[702] كما حصل ذلك خلال شهر جوان 1997 بمنسابة التفويت في 15 % سهما من جملة 87% الأسهم التي كانت تمتلكها الدولة في رأس مال شركة تونس الجوية إلى الخواص

[703] كما تم ذلك عند التفويت في كتلة الأسهم البالغة 87% من جملة مساهمة الدولة في رأس مال شركة الاسمنت بالنفيضة سنة 1997

[704] كما حصل ذلك مثلا عند التفويت في نزل " قصر أوليس " بجربة التابع للشركة التونسية للفنادق و السياحة سنة 1988 أو عند التفويت في وحدة التابعة للمعامل الآلية بالساحل سنة 2004

[705] وفقا لمقاضيات القانون عدد 38 لسنة 1999 الذي يخوّل اعتماد هذه الطريقة بقرار مشترك من وزير التنمية الاقتصادية ووزير أملاك الدولة كما تم ذلك بالنسبة للشركة القوميّة للصناعات

623– أما الإطار القانوني لهذه العملية فقد وقع تحديده بمقتضى الفصل 23 من القانون المذكور الذي تضمّن ترخيصا صريحا للحكومة للتفويت كليا أو جزئيا في مساهمات الدولة وفقا لمقتضيات الفصل 34 من الدستور الذي يفرض أن تتخذ شكل قانون النصوص المتعلّقة بالالتزامات الماليّة للدولة[706]، ولكن بشرط أن يتم ذلك بصفة تدريجيّة بما يتماشى مع طبيعة الأنشطة المعنيّة ودرجة نموّها ومع التوجّهات العامة للمخطّط الاقتصادي والاجتماعي[707]، وهو ما يعني – باعتبار عموميّة هذا النص وعدم إلزاميّة توجّهات مخطّط التنمية – أن الحكومة تحتفظ بحرية تامة في تحديد مجال الخصخصة وضبط نسقها.

ويعود هذا الاختصاص إلى الوزير الأوّل وفقا لأحكام الفصل 27 من القانون عدد 9 لسنة 1989 ولا يعني ذلك عدم جواز تدخل جهات أخرى، بل العكس هو الصحيح إذ أن واقع العمل الإداري يبرز أن القرار الحاسم في هذا المجال يبقى لرئيس الدولة.

624– ويتّخذ هذا القرار طبقا لإجراءات محدّدة تنطلق بإعداد ملف إعادة الهيكلة للمنشأة المعنيّة وجرد وإحصاء ممتلكاتها من طرف المصالح المختصّة بالوزارة الأولى بالتنسيق مع هياكلها المسيّرة، ثم يعهد النظر في ملفات الخصخصة وترتيب العروض إلى اللجنة الفنية للخصخصة بعد تقييم مسبق لقيمة السندات والأصول من طرف الهياكل العموميّة أو مكاتب الدراسات المختصّة أو مكاتب المحاسبة المعتمدة، وتحال الملفات بع ذلك على لجنة التطهير وإعادة الهيكلة لتتولى

الآليّة بمقتضى القرار المشترك الصادر عنهما في 20 سبتمبر 2001 (الرائد الرسمي لسنة 2001، ص. 3864)

[706]

[707] التي تؤكّد على ضرورة انسحاب الدولة من القطاعات الاقتصاديّة ذات الصبغة التنافسيّة وحصر تدخّلاتها في القطاعات ذات الصبغة " الاستراتيجيّة " التي لها تأثير مباشر على موارد الدولة وعلى استقلاليتها الماليّة (المناجم، الطاقة، الاتصالات، الخ)، أو التي يكون لسيرها وقع خاص على حياة المواطن (الكهرباء، الماء الصالح للشراب، النقل، الخ)

تقديم التوصيات التي ترى فائدة في تقديمها إلى الوزير الأول لاتخاذ القرار النهائي في هذا الشأن [708].

625- وقد اتسمت تجربة الخوصصة في تونس- بالمعنى الواسع لهذه العبارة - منذ اعتمادها في أواخر سنة 1987 بنجاحات نسبية، إذ بعد فترة أولى تميّزت بنتائج محتشمة ارتفع نسق ومحصول عمليات الخصخصة في السنوات الأخيرة[709] بشكل ملفت للانتباه[710].

[708] طبقا لمقتضيات الأمر عدد 410 المؤرخ في 21 فيفري 1997 المتعلق بضبط بتركيبة وسير لجنة التطهير والهيكلة واللجنة الفنية للخوصصة كما وقع تنقيحها بمقتضى الأمر عدد 1440 المؤرّخ في 13 جويلية 1998

[709] شملت عمليات الخصخصة إلى غاية يوم 30 جوات 2007 ما لا يقل عن 205 منشأة و بلغ محصولها عام ما قدره: 5.571.000 مليون ألف دينار
www.*privatisation*.gov.tn

[710] منها ما لا يقل عن 3.052.000 مليون دينارا سنة 2006 بمناسبة فتح الرأس المال العمومي للشركة التونسية للاتصالات إلى الخواص في حدود 35%؛ ذات المرجع

الجزء الرابع :

حدود العمل الإداري

626- يقتضي مبدأ خضوع الإدارة للقانون أن تكون لأعمالها وتصرّفاتها حدودا لا يمكن أن تتجاوزها دون أن تتعرّض للمساءلة والإبطال، فإذا تسبّب نشاطها في إلحاق ضرر بالغير يكون من الطبيعي أن يقع تحميلها التبعيّة الماليّة لأعمالها الضارة وفقا للقواعد العامة لمسؤوليّة الأشخاص العموميّة، وإذا أخلت بقواعد الشرعيّة عند قيامها بأعمالها القانونية يكون من الضروري أن يقع تسليط الجزاء المناسب على هذا الإخلال.

لذا سوف يدور البحث هنا في محورين أساسيين يتعلق الأول بمبدأ المسؤوليّة ويتعلّق الثاني بمبدأ الشرعيّة.

البــاب الأول: مبدأ المسؤولية

تمهيد

I- ملاحظات عامة

627- يتولّد حتما عن كلّ نشاط بشري – خاص أم عام – ضرر للغير، والأضرار التي قد تنشأ عن نشاط الأشخاص العموميّة لا تختلف جوهريا عن تلك التي تتولّد عن نشاط أشخاص القانون الخاص، فهل يجوز التعويض عنها كما يقع التعويض عن الأعمال الضارة للأفراد ؟

للإجابة عن هذا التساؤل تعتمد الحلول التالية :

1- نظام عدم مسؤوليّة الأشخاص العموميّة

628- وهو **حلّ أوّل يرفض قطعا فكرة مسؤولية الدولة**، وينفي حقّ المتضرّرين في مساءلة الإدارة، على اعتبار" أن السلطان معصوم من الخطأ "[711]، وأنه لا يمكن معاملة صاحب السيادة معاملة الأفراد، فلا يجوز للمتضرّرين من الأعمال الضارة للإدارة إلا الرجوع على الأعوان العموميين المتسبّبين فيها، ومطالبتهم شخصيا بالتعويض.

ويتجه التذكير بتواصل العمل بهذا النظام في تونس وفي بعض البلدان الغربية حتى النصف الأول من القرن العشرين [712].

---

[711] نجد صدى لهذه الفكرة في الأحكام الأولى للمحاكم الفرنسيّة المنتصبة في تونس في ظلّ أمر مارس 1883 (Tribunal de Tunis, 15 avril 1918, J.T., 1918, p. 277) وفي قضاء محكمة الوزارة (محكمة الوزارة.، 21 ماي 1925، مجلة المحاكم 1925، ص. 315)

[712] حول هذا النظام، انظر:

A. De Laubadère et Y. Gaudemet- *Traité de droit administratif*, Tome 1, *Droit administratif général,* L.G.D.J., 16ème édit. n° 1616; H- Calvet- *Droit administratif de la responsabilité et droit communautaire*, A.J.D.A., juin 1996, n° spécial, p.92; R. Chapus- *Le contrôle et le contentieux*, op. cit., p., 78 à 79; CE, Rapport public- *Responsabilité et socialisation du risque*,

2- نظام خضوع الأشخاص العموميّة إلى قواعد المسؤولية القانون الخاص

629- وهو **حلّ ثان يقوم على مبدأ مسائلة الأشخاص العموميّة طبقا للشروط التي تخضع لها الأعمال الضارة للأفراد**، وهو النظام الذي وقع إقراره في الولايات المتحدة الأمريكيّة سنة 1946 بمقتضى القانون الذي يعرف بالقانون الاتحادي لمسؤولية الدولة (*The Federal tort claims act*)، وفي انجلترا سنة 1947 بمقتضى القانون المتعلّق بمسؤوليّة "التاج" (*The Crown proceedings act*[713])

3- نظام المسؤوليّة الخاص بالأشخاص العموميّة

630- وهو **حلّ ثالث** لا يرفض مبدئيا أن تساءل الأشخاص العموميّة عن أعمالها الضارة ولكنه يرى **أن هذه المسؤولية لا يمكن أن تخضع لقواعد القانون المدني**، بحكم أنها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، ويعد قرار *Blanco* الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية سنة 1873[714] الركيزة الأساسية لهذا النظام.

ويؤدّي مبدأ مسؤوليّة الإدارة في البلدان التي تسير على منوال القانون الإداري الفرنسي، وتعتمد قاعدة الفصل بين الهيئات إلى قيام نظام خاص من المسؤوليّة، ذا مصدر فقه قضائي، مستقلّ عن نظام المسؤوليّة في القانون المدني، دون أن يعني ذلك عدم وجود تشابه أو تقارب أو تأثّر في الحلول المعتمدة بين النظامين[715].

Etudes et Documents, n° 56, La Documentation française, 2005, v. notamment: " *Considérations générales* ", p. 207 et suiv.

[713] ذات المرجع

[714] TC, 8 février 1873, *Blanco* précité

[715] حول حدود خصوصيّة نظام المسؤوليّة الإداريّة، راجع : Ch. Eisenmann- *Sur le degré d'originalité de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, J.C.P. 1949.I. 472 et 751 ; R. Chapus- *Responsabilité publique et responsabilité privée*, L.G.D.J., 1954; M. Deguergue- *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ 1994

II- تطوّر نظام المسؤولية الإدارية في تونس

631- **تعود فكرة المسؤولية الإداريّة في تونس إلى عهد الحماية**، إثر انتصاب المحاكم المدنيّة الفرنسيّة سنة 1883، حيث صدر بعد ذلك أمر 27 نوفمبر 1888 الذي وضع في فصله الأول – إلى جانب نظام المسؤولية التعاقديّة – نظام المسؤولية غير التعاقديّة للإدارة " من جهة الأشغال التي أذنت فيها أو من جهة أي عمل صدر عنها بغير حق وأضر بالغير "[716].

وبمجرّد التخلّي نهائيا عن فكرة عدم مسؤولية السلطة العامة اختلفت مواقف المحاكم الفرنسية والتونسية حول مدى استقلاليّة القواعد التي يجب تطبيقها على مسؤولية الأشخاص العموميّة، فبينما استبعدت الأولى الأحكام الواردة بالفصلين 84 و85 من مجلة الالتزامات والعقود الصادرة سنة 1906 معتبرة أن أمر 30 جوان 1907 قد ألغى العمل بهذه الحلول، وتولت تطبيق القواعد الخاصة بالقانون الإداري، اعتمدت المحاكم العدلية التونسيّة اتجاها مغايرا[717] تواصل العمل به في

---

[716] حول تطوّر نظام المسؤوليّة في تونس، انظر : R. Chapus- *Le contrôle et le contentieux*, Op. Cit., p. 77 à 97; M. Mabrouk- *Sur la responsabilité de la puissance publique tunisienne*, R.T.D. 1969/1970, p. 139 à 182 ; H. Ben Salah- *La justice administrative en Tunisie*; thèse, Tunis, 1979, p.335 à 341 ; T. Bouachba- *la responsabilité administrative devant le Tribunal administratif, in Le centenaire du décret beylical de 1888*, C.E.R.P. 1988, p. 247 à 302; M.S. Ben Aissa- *Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute dans la jurisprudence du Tribunal administratif tunisien*, Mélanges Chapus, 1992, p. 55 et suiv

محمد صالح بن عيسى- الدعوى المتعلّقة بمسؤوليّة الإدارة أمام المحكمة الإداريّة، ملتقى إصلاح القضاء الإداري، مركز النشر الجامعي، 1998، ص.147 و ما يتبع

توفيق بوعشبة- مبادئ القانون الإداري التونسي، طبعة ثانية، المدرسة القومية للإدارة، 1995،ص.214 وما يتبع، وأعمال ملتقى " المسؤوليّة الإداريّة اليوم "، دراسات قانونيّة، عدد خاص، كلية الحقوق بصفاقس، 2006

[717] راجع بخصوص هذا الموقف:

عبد الله الهلالي- مسؤولية الإدارة في القرارات الاستئنافية لمحكمة الوزارة الكبرى، أعمال ملتقى مائوية أمر 27 نوفمبر 1888، مركز الدراسات والبحوث والشر، 1992، ص. 189 وما يتبع؛

محمد صالح بن عيسى- الدعوى المتعلّقة بمسؤوليّة الإدارة أمام المحكمة الإداريّة، ملتقى إصلاح القضاء الإداري، المرجع سابق الذكر ص. 148-149

السنوات الأولى للاستقلال[718]، وحتى بعد إحداث المحكمة الإداريّة، بالرغم من تنصيص الفصل الثاني من قانون هذه المحكمة الصادر في غرة جوان 1972 على إبقاء العمل بأحكام أمر 27 نوفمبر 1888 سالف الذكر، وهو ما أدى بالجلسة العامة للمحكمة الإداريّة المختصّة بالنظر استئنافيا في الطعون الموجّهة ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم العدليّة إلى **التصدي إلى النزعة التحرّرية لهذه المحاكم كلما انتصبت للنظر ابتدائيا في قضايا التعويض عن الأعمال الضارة للإدارة**، وذلك **بتصحيح الأسانيد القانونية واستبدالها بالأحكام الخاصة الواردة بالفصل الأول من أمر 27 نوفمبر 1888** الذي " حرص المشرّع على تأكيد تواصل العمل به...إثر صدور مجلة الالتزامات والعقود وذلك بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 30 جوان 1907 "[719].

وقد أدى ذلك إلى تأكيد **استقلالية قواعد المسؤولية الإدارية**، إذ صرّحت المحكمة الإداريّة بكل وضوح منذ قراراتها الأولى أن المسؤولية المحمولة على الأشخاص العمومية لا تخضع لقواعد القانون المدني، وإنما إلى " القواعد الخاصة للقانون الإداري "[720].

632– وبعد إلغاء العمل بأمر 27 نوفمبر 1888 واستكمال منظومة القضاء الإداري بمقتضى القانون عدد 39 المؤرخ في 3 جوان 1996 أعيدت صياغة السند القانوني للمسؤولية الإداريّة، فجاء الفصل 17 جديد من قانون المحكمة ليفصل نظام المسؤولية التعاقدية عن نظام المسؤولية غير التعاقدية (الفقرة الثانية) ويسند اختصاص النظر ابتدائيا في..." الدعاوى الرامية إلى جعل الإدارة مدينة من أجل أعمالها غير الشرعيّة أو من أجل الأشغال التي أذنت بها أو من أجل أضرار

[718] انظر في هذا الشأن:

M. Mabrouk- *Sur la responsabilité de la puissance publique tunisienne*, art. précité, p. 182

[719] م.إ.، است.، 23 نوفبر 1992، عدد 998، م.ع.ن.د. في حق وزارة الداخلية / ورثة نزيهـــة العوني، م.ص.381.

[720] م.إ.است.، 25 فيفري 1988، القضية عدد 412، مصطفي بسباس في حقه و في حـــق ابنــه القاصر مهدي / م.ع.ن.د. في حق وزارة الصحة العمومية، م.ص.18.

غير عادية ترتّبت عن أحد أنشطتها الخطرة..." (الفقرة الثالثة) إلى الدوائر الابتدائية للمحكمة الإداريّة.

III– الخصائص العامة لنظام المسؤولية الإدارية في تونس

633– غير أن هذا الترتيب الجديد الذي تمخّض عن قوانين 3 جوان 1996 لم يغيّر كثيرا في النظام القانوني لمسؤولية الإدارة الذي ظلّ متّسما بثلاث خصائص جوهريّة وهي التالية:

634– هو **نظام فقه قضائي** بالأساس، لا يمكن الوقوف على خصوصياته دون الرجوع إلى المبادئ والحلول التي بلورها القاضي الإداري، ولا يعني هذا غياب المصادر التشريعيّة في هذا المجال، وإنما يفيد فقط أن المشرّع قد اكتفى غالبا برسم الحدود بين نظامي القانون العام والخاص اللذان يحكمان مسؤولية الأشخاص العموميّة، دون الابتعاد كثيرا عن الحلول التي استقرّ عليها فقه القضاء السابق للمحكمة الإداريّة.

635– هو نظام يعتمد **مبدأ الجمع بين المسؤولية الشخصيّة للموظّف العمومي ومسؤولية المرفق العام**، وهو ما يخوّل للمتضرّر مسائلة الطرف الملي (الإدارة) حتى في صورة حصول الضرر نتيجة الخطأ الشخصي الذي ارتكبه مستخدم الإدارة، و لكن بشرط أن يكون هذا الخطأ غير منفصلا عن المرفق.

636– هو نظام يتّسم **بتوسّع مستمر في حالات المسؤوليّة الإداريّة و في شروط قيامها**، فالمسؤوليّة الإداريّة لم تعد مرتبطة بفكرة الجزاء فحسب، بل أصبحت تستند أيضا إلى فكرة الضمان الاجتماعي وتسعى إلى توفير التعويض العادل للمتضررين من تصرّفات الإدارة.

لذا سوف يدور البحث في أربع محاور وهي على التوالي: نظام المسؤولية غير الإدارية للأشخاص العموميّة (الفرع الأول)، نظام المسؤولية المبني على الخطأ (الفرع الثاني)، نظام المسؤولية الإدارية غير المبنية على الخطأ (الفرع الثالث)، والمبادئ العامة للتعويض عن الضرر(الفرع الرابع)

الفرع الأوّل : نظام المسؤولية غير الإداريّة

637- هو نظام المسؤولية الذي يعود بالنظر إلى القاضي العدلي طبقا لقواعد شبيهة في مجملها بتلك التي تطبّق على الأفراد في القانون المدني، ويتعلّق هذا النظام بحالات مختلفة أقرّها فقه القضاء أو كرّسها المشرّع

الفقرة الأولى: الحالات فقه القضائيّة

638- تمثل هذه الحالات **استثناء للقواعد العامة للمسؤولية الإداريّة**، و تتعلّق بالمضار الناتجة عن أعمال التصرّف الخاص(أ)، وبالمضار الناتجة عن أعمال الضبط العدلي (ب)، وأخيرا بالمضار المتولّدة عن الأخطاء الشخصية لأعوان الإدارة (ج)

أ- حالة المضار الناتجة عن أعمال التصرّف الخاص

639- قد تختار الأشخاص العموميّة في بعض الأحيان العدول عن وسائل السلطة العامة وسلوك أساليب القانون الخاص، فتضع نفسها طوعا في موقع الأفراد، ويتم ذلك عادة لإضفاء المرونة اللازمة على تدخّلاتها. في هذه الحالة تتّخذ أعمالها شكل أعمال (**التصرّف الخاص**) التي لا تختلف عن تلك التي تأتيها ذوات القانون الخاص، لذا يكون من الطبيعي أن يقع إخضاعها لقواعد **القانون المدني** تحت رقابة القاضي العدلي.

وتطبيقا لهذا المنهج أضحى القاضي الإداري يميّز بين أعمال التصرّف العام التي تستخدم فيها الإدارة امتيازات السلطة العامة ضمانا لتحقيق أغراض المرفق على الوجه الأفضل، والتي تتولّد عنها مسؤوليّة الإدارة طبقا لقواعد القانون العام[721]، وأعمال التصرّف الخاص التي يترتّب عنها انعقاد الاختصاص للقاضي العدلي طبقا لقواعد المسؤوليّة في القانون الخاص، وفي هذا المعنى اعتبرت المحكمة الإداريّة أن الفعل الضار المؤدي إلى حرمان المدعية صاحبة الملك من

721 م.إ.، اس.، 23 ديسمبر 1991، عدد 782، بلدية باردو/ ورثة فاضل بدر الدين، م. ص.163.

استغلال عقارها نتيجة لجوء الإدارة إلى طريقة الائتمان العدلي ضد مدينها مكتري العقار موضوع النزاع " هو من الأعمال العاديّة التي يتولاّها الأشخاص الطبيعيون مما يفقدها صبغة التصرّف السلطوي"[722]، كما صرّحت في مجال دعاوى المسؤولية المتعلّقة بالتصرّف في الملك الخاص للأشخاص العموميّة " أن الملك الخاص لذوات القانون العام ومنها البلديّة يخضع مبدئيا إلى القانون الخاص طالما أن مكوّناته تعد غريبة عن المرفق العام والتصرّف فيه لا يقترن بصلاحيات السلطة العامة إذ يهدف عادة إلى تحقيق مداخيل لهذه الإدارة فلا مبرّر لتمييزه عن ملك ذوات القانون الخاص "[723].

640- ولذات الأسباب لم تتقيّد المحكمة الإداريّة في نزاعات المسؤوليّة المتعلّقة بالمرافق العامة الصناعيّة والتجاريّة بمصدر العمل المتظلّم منه، ولم تستبعد اختصاصها بصفة آليّة كلّما تعلّق الأمر بعمل صادر عن مرفق عام ذا صبغة صناعيّة وتجاريّة بالرغم من الإرادة التشريعيّة الصريحة في إسناد كتلة اختصاص كاملة لجهاز القضاء العدلي في هذا المجال (الفصل 2 من القانون عدد 38 لسنة 1996)، بل أكّدت **اختيارها لمعيار مادي تراعى فيه الخصائص الجوهريّة لكلّ عمل على حدة**، توصّلا إلى استخلاص طابعه الإداري أو الخاص حسب الحال[724]، فاستبعدت على هذا الأساس ولايتها بخصوص أغلب نزاعات المسؤولية لتلك المرافق[725]، فيما عدا الصور التي تستخدم فيها هذه المرافق امتيازات السلطة العامة[726]، وقد ساير مجلس تنازع الاختصاص هذا التوجّه[727].

722 م.إ.، اس.، 16 جوان 2000، عدد22287، م.ع.ن.د. في حق وزارة المالية / فونوندي ومن معها، م. ص.377.

723 م.إ.، اب.، 23 نوفمبر 2002 ، عدد 10680، غير منشور

724 راجع حول هذه المسألة:

F. Mkaouer- *Le régime contentieux des entreprises publiques*, in " *Le droit des entreprises publiques* ", p. 71 et suiv.

725 م.إ.تس.، 17 جانفي 1979، عدد 295، محمد الجويني / الصندوق القومي للضمان الاجتماعي، م. ص.6؛ انظر أيضا: م.إ.تس.، 15 جوان 1979، عدد 253، صالح رجب / المطبعة الرسميّة ، م. ص.172.

726 م.إ.، 17 انفي 2004، عدد 72271، ديوان التجارة البحريّة والموانئ، غير منشور

ب- حالة المضار الناتجة عن الضبط العدلي

641- يميّز فقه القضاء الإداري بين أعمال الضبط الإداري التي تعود بالنظر إلى القاضي الإداري وأعمال الضبط العدلي التي تكون من اختصاص القاضي العدلي[728]، ونتيجة لهذا التمييز **تكون مسؤولية الدولة عن الأخطاء المرتكبة عند مباشرة إجراءات الضبط العدلي خارجة عن ولاية القاضي الإداري**، وقد تأكّد ذلك بكلّ وضوح في قرار (السليني) حين صرّحت المحكمة الإداريّة أن " التعويض عن الخسارة اللاحقة لصاحب السيارة من جراء عدم استعمالها كسيارة تاكسي طوال مدّة الحجز وعن مصاريف إيداعها بالمستودع البلدي لا يدخل في اختصاص القاضي إداري إذ يستوجب الخوض في جبر الأضرار المترتّبة عن النتائج الحتميّة لعمليّة الحجز وفي شرعيّة عمليّة الحجز ذاتها وهي من أعمال الضبط العدلي "[729].

ويلاحظ أن القضاء الفرنسي يعتمد نفس الحلّ بالنسبة لقواعد الاختصاص القضائي ولكنه يختلف عن القانون التونسي من حيث الحلول التي يطبّقها القاضي العدلي على هذا الصنف من المنازعات التي تعتمد " قواعد القانون العام "[730].

ج- حالة المضار الناتجة عن الخطأ الشخصي للموظف العمومي

642- يتحمّل العون العمومي على ذمّته الماليّة الشخصيّة عبء تعويض الأضرار الحاصلة لمنظوري الإدارة أمام القاضي العدلي **وطبقا لقواعد القانون المدني** كلّما كان الفعل الضار المؤدي للمضرّة يشكّل **خطأ شخصيا منفصلا عن المرفق**، ولكن متى يمكن اعتبار الخطأ منفصلا عن المرفق ومنسوبا بصفة شخصيّة إلى الموظّف العمومي؟

727 م.ت.ا.، 9 جويلية 2002، عدد 53، غير منشور

728 حول هذا التمييز انظر رقم 490-493 أسفله

729 م.إ.، اس.، 19 ماي 1999، عدد 21409، م.ع.ن.د. في حق وزارة لمالية/ حمادي السليني، م.ص. 409

730 م.إ.، ابت.، 12 فيفري 2002، عدد 18389، السمراني و من معه / م.ع.ن.د. في حق وزارة لمالية، غير منشور

يعتبر الخطأ خطأ شخصيا طبقا لما استقرّ عليه فقه القضاء الإداري **الخطأ الذي يرتكبه الموظّف العمومي خارج الخدمة العموميّة**[731]؛ تقول المحكمة الإداريّة في هذا الشأن" أن الأصل هو ضمان الإدارة لجميع ما يقترفه أعوانها من أخطاء أثناء قيامهم بمهامهم عدا ما اتسم منها بصفة شخصية محضة لانعدام علاقته تماما بالمرفق الذي ينتمي إليه والذي يساهم في تحقيق أغراضه "[732].

643- وجدير بنا أن نتساءل عن طبيعة الأخطاء المرتكبة) من طرف الأعوان العموميين كلّما كانت تشكّل جرائم وقع من أجلها تتبع مرتكبيها وإدانتهم جزائيا، فهل يجوز اعتبار هذه الأخطاء الجسيمة – من ناحية المسؤولية المدنية – أخطاء شخصيّة لا تؤدي إلا لقيام المسؤولية الشخصيّة للموظّف العمومي دون مسؤولية الشخص العمومي الذي ينتمي إليه العون المدان ؟

لا يعتمد القاضي الإداري هذا الحلّ بل **يعتبر أن المسؤوليّة الإداريّة مستقلّة ومنفصلة عن المسؤوليّة الجزائيّة**، وبالتالي فإن عدم إدانة العون العمومي من أجل الأضرار الذي تسبّب فيها للغير بمناسبة القيام بعمله لا يعفي الإدارة من تحمّل مسؤوليّتها[733].

644- ويعود هذا التوجه إلى التحوّل الذي طرأ في مستوى فقه القضاء نحو ضمان التعويض الأوسع للمتضررين، وذلك **باعتماد فكرة الجمع بين المسؤوليات** منذ أوائل القرن المنقضي تحت تأثير مندوب الحكومة الفرنسي (*Léon Blum*)، فقد جاء في ملحوظات هذا الفقيه تحت قرار (*Lemonnier*) :" إذا كان الخطأ الشخصي قد ارتكبه الموظّف أثناء الخدمة أو بمناسبتها، أو إذا كان المرفق قد وضع بين يدي الموظف وسائل الخطأ وأسبابه... وإذا كان الخطأ قابلا أن يفصل عن المرفق، فإن

731 CE, 27 octobre 1944, *Ville de Nice*, S., 1945. 3, 20

732 م.إ.، اب.، 15 فيفري 2000، عدد 22470، م.ع.ن.د. في حق وزارة الداخلية/ ورثة مسعودي وبن علي، م.ت.إ.ع.، 2003، ص.17، مع تعليق الأستاذ خليل الفندري

733 م.إ.، است.، 28 جانفي 1988، عدد 542، بلدية بوعرادة / ورثة الخلفي، أ.ق.ت.، 1990.I، عدد 3، ص.184.

المرفق غير قابل أن يفصل عن الخطأ "[734]، وقد أخذت المحكمة الإداريّة بهذا الاتجاه في قضائها، فاعتبرت " أنه إذا كان الخطأ الشخصي قد ارتكبه الموظّف أثناء الخدمة أو إذا كان المرفق قد وضع بين يدي الموظف وسائل الخطأ وأسبابه وأن المتضرّر لم يلتق بفاعل الضرر إلا نتيجة لعمل المرفق أي **إذا كان المرفق هو الذي أدى إلى ارتكاب الخطأ الشخصي وساعد على إحداث آثاره الضارة قبل فرد معين، فإن المرفق لا يمكن له أن ينفصل من الخطأ** "[735].

وطبقا لهذا النظام يكون المتضرّر مخيّرا إما برفع دعواه لدى القاضي العدلي مباشرة ضد العون العمومي من أجل خطئه الشخصي، وإما ضد الإدارة لدى القاضي الإداري من أجل الخطأ المرفقي، مع الإشارة إلى أنه في صورة تسليط القاضي العدلي حكما بالغرم على مستخدم الإدارة اعتقادا منه أن الخطأ يشكّل خطأ شخصيا والحال أنه لا يمثّل في الحقيقة إلا خطأ مرفقيا، تكون الإدارة ملزمة بالحلول محل أعوانها في التعويض وفقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 8 من قانون الوظيفة العموميّة التي تنص " إذا وقع تتبع عون من طرف الغير من أجل خطأ وظيفي يجب على الإدارة أن تتحمّل ما قد يصدر ضده من أحكام بغرم الضرر ".

645– ويجب أن نضيف أنه **بإمكان الموظف الرجوع على الإدارة** ومطالبتها بتحمل نسبة التعويض التي تتوافق مع درجة المسؤولية المحمولة عليها بسبب الخطأ المرفقي الذي ساهم في وقوع المضرّة، كما أنه **بإمكان الإدارة الرجوع على أعوانها بعد تعويضها للأضرار الحاصلة لمنظوريها و الناتجة عن الأخطاء الشخصيّة لمستخدميها**[736]، وتمارس دعاوى الرجوع التي تؤدي إلى

[734] CE, 26 Juillet 1918, *Lemonnier*, GAJA, n° "33; S. 1918, 3. 4. Concl. Blum, note Hauriou

[735] م.إ.، است.، 15 ماي 1989، عدد 512، م.ع.ن.د. في حق وزارة الداخلية / الرحيمي، أ.ق.ت.، عدد 4، 1992–2، ص.188.

[736] ذات المرجع

تحديد المسؤوليات بصفة نهائية بين الإدارة وأعوانها أمام القاضي الإداري وطبقا للقواعد الخاصة للمسؤوليّة الإداريّة.

الفقرة الثانية : الحالات التشريعيّة

646– توجد في مستوى مسؤوليّة الأشخاص العموميّة أنظمة خاصة، تتعلّق بأعمال وتصرّفات إداريّة معيّنة رأى المشرّع أنه من الأفضل إسناد النظر فيها إلى القاضي العدلي طبقا لقواعد القانون المدني بالرغم من صبغتها العموميّة، وذلك ضمانا لتحقيق التعويض المناسب للمتضررين[737].

أ– المسؤولية الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنيّة

647– ينتفع أعوان **الإدارة** بنظام التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية الذي أقرّه القانون عدد 55 المؤرخ في 28 جوان 1995، وطبقا لهذا النظام تكون الإدارة مسؤولة عن الأضرار الحاصلة لهم بمناسبة القيام بعملهم، ويجوز لهؤلاء استرجاع مصاريف الإسعاف والعلاج، والحصول على التعويض عن العجز المؤقت عن العمل، أو عن العجز المستمر، أو عن الضرر المادي الناجم عن الوفاة بالنسبة لمن آل إليهم الحق، في حدود القواعد الخاصة التي أقرّها القانون المذكور وأمام قاضي الناحية الذي يمارس اختصاصا مطلقا في هذا المجال.

ونظرا لحدود هذا النظام اقتضى الفصل السادس أن يحتفظ المتضرر وخلفه العام بحق مطالبة مرتكب الهفوة بتعويض الضرر الحاصل وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية فيما يتعلّق بالجزء الذي لم يتم تعويضه عملا بهذا القانون[738]

[737] مع الإشارة إلى أن المشرّع قد اعتمد حلاً مغايرا بالنسبة لمسؤولية الدولة الحالة محل مسؤولية رجال التعليم العمومي، فهذه المسؤولية التي كانت تخضع لقواعد القانون المدني وتعود بالنظر إلى اختصاص المحاكم المدنيّة في ظلّ الأمر المؤرخ في 17 سبتمبر 1937 أصبحت من اختصاص القاضي الإداري بمقتضى الفصل الأول من القانون عدد 38 لسنة 1996، حول هذه المسألة انظر: أكرم بلحاج رحومة– مسؤولية الدولة عوضا عن أعضاء التعليم العمومي، " المسؤولية الإدارية اليوم "، المرجع سابق الذكر، ص. 201 وما يتبع

[738] م.إ.، اس.،6 مارس 1995، عدد 1521، م.ع.ن.د. في حق وزارة التجهيز / ورثة بن مسعود، غير منشور

ب- المسؤوليّة الناتجة عن "حوادث العربات والوسائل المتحرّكة" للإدارة

648- لقد كانت هذه المسألة تمثّل فيما مضى محلّ تنازع حاد في الاختصاص بين القاضي العدلي والقاضي الإداري[739]، ثم تدخّل المشرّع بمقتضى الفصل الأول من القانون عدد 38 المؤرخ في 3 جوان 1996 المتعلّق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدليّة والمحكمة الإداريّة، وتولى إسناد النظر فيها إلى القاضي العدلي، وقد تم ذلك بغية توحيد نظام التعويض عن الحوادث التي تتسبّب فيها العربات وبقيّة الوسائل المتحرّكة مهما كان نوعها ومهما كان الشخص المسؤول عنها، تفاديا للتعقيدات التي قد تتولّد عن نظام الازدواجيّة القضائيّة وضمانا للمساواة في شروط التعويض بين مختلف المتضررين.

وطبقا للنظام الجديد **أصبحت هذه الحوادث " الإداريّة " تعود بالنظر إلى المحاكم العدليّة التي أضحت تطبّق في هذا المجال القواعد الخاصة بالقانون المدني**[740]، مع إحلال مسؤوليّة الإدارة محلّ مسؤوليّة سائق الوسيلة العمومية في التعويض عن الأضرار الناتجة عن الحادث[741]، ولكن دون نفي حق الإدارة في

---

[739] انظر حول هذا التنازع في الاختصاص: عبد اللطيف المامغلي- التنازع بين القضاء العدلي والإداري، ملتقى التعقيب، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس،1989، ص. 289 و ما يتبع

[740] يتأسّس نظام التعويض عن هذه الحوادث في القانون المدني إمّا على أساس المسؤولية التقصيريّة المبنية على الخطأ المقرّرة بمقتضى 83 من م.إ.ع. وإما على أساس المسؤوليّة الشيئيّة المبنيّة على فكرة المخاطر المقرّرة بمقتضى الفصل 96 من المجلّة المذكورة، ويمكن تأسيسها أيضا بالنسبة لمستعملي وسائل النقل العمومي على مسؤولية الناقل المقرّرة بالفصل 654 من المجلّة التجاريّة مع الإشارة إلى أن القانون عدد 86 المؤرّخ في 15 أوت 2005 المنقّح لمجلّة التأمين قد وضع نظاما جديد للتعويض عن الأضرار التي تتسبّب فيها العربات ذات المحرّك السائرة على الأرض

[741] لقد صرحت محكمة التعقيب بمناسبة نظرها في حادث سقوط امرأة أثناء أعمال الإغاثة من الفيضانات التي اجتاحت البلاد سنة 1995 أن " الحادث قد جد بسبب عدم إحكام ربط رافعة الإنقاذ التابعة للطائرة المروحيّة التي هي تحت حفظ المطلوب مما أدى إلى سقوط المدعية من علو عشرة أمتار تقريبا وحصول الضرر المشتكى به فجاء الحكم المنتقد مؤسسا على مقتضيات الفصل 96 مدني ولا تثريب عليه في ذلك...طالما تبين أن سقوط المتضرّرة نتج عن حادث الطائرة و ليس عن الحبل " (م.ت.، مدني، 21 جانفي 2000، عدد 71696، م.ع.ن.د. في حق وزارة الدفاع الوطني / علياء الكراي، غير منشور)، مع الإشارة إلى أن المحكمة الإدارية قد قضت في هذه القضيّة برفض الاستئناف لديها لعدم الاختصاص الحكمي (م.إ.، اس.، 16 جانفي 2001، عدد 22668، م.ع.ن.د. في حق وزارة الدفاع الوطني/علياء الكراي، غير منشور)

مباشرة دعوى الرجوع ضد العون العمومي المتسبّب في المضرّة كلّما ثبت الخطأ الشخصي في جانبه.

ج- المسؤولية الناتجة عن الأعمال القضائيّة

649- يعد القضاء أحد الوظائف الأساسيّة للدولة، ويتجسّم أساسا عن طريق الأحكام التي تتمتّع بقرينة الحقيقة القانونيّة، لذا جرى العمل على عدم إباحة مسؤوليّة الدولة عن أعمالها القضائيّة إلا بنص صريح[742].

650- ونشير في البداية إلى أنه لا يوجد في التشريع التونسي - خلافا لما هو عليه الحال في القوانين المقارنة[743] - ما يخوّل مساءلة الدولة وإحلالها محلّ القضاة من أجل ارتكابهم لأخطاء جسيمة على حساب المتقاضين كالتدليس والغش والارتشاء، أو إذا توجهت عليهم مسؤولية بمقتضى القانون توجب عليهم غرم الضرر مدنيا (الفصل 199 من م.م.م.ت.).

ويبدو هذا الحلّ غير عادل ضرورة أن هذه الأعمال التي تعرف بأعمال **مؤاخذة القضاة** (*La prise à partie*)، لئن كانت تشكّل أخطاء شخصية يؤاخذ من أجلها مرتكبيها على ذمتهم المالية الخاصة، فهي **ليست منفصلة عن المرفق**، وبالتالي يكون من العدل والإنصاف- إعمالا للقواعد العامة للمسؤولية- فتح باب مساءلة الدولة في هذا المجال، مع تخويلها الرجوع على الحكام المذنبين لتحديد المسؤوليات بصفة نهائيّة.

651- ونضيف بالنسبة **لضحايا الأخطاء القضائية أن القانون عدد 94 المؤرّخ في 29 أكتوبر 2002 أضحى يخوّل** لكل من أوقف تحفظيا أو نفذت عليه

---

[742] حول هذا الموضوع انظر: بسّام الكرّاي- مسؤولية الدولة عن المرفق العام القضائي من خلال القانون عدد 94 الصادر في 29 أكتوبر 2002، المسؤولية اليوم، المرجع سابق الذكر، ص. 127 و ما يتبع

[743] انظر بالنسبة للقانون الفرنسي:

M. Lombard- *La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972*, RDP 1975, p. 585

عقوبة السجن **مطالبة الدولة بالتعويض أمام محكمة الاستئناف بتونس** إذا صدر لفائدته قرار بحفظ التهمة، أو ثبت أن الفعلة التي تمت مقاضاته من أجلها لا تتألف منها جريمة، أو لا وجود لها أصلا، أو لا يمكن نسبتها إليه، أو إذا صدر ضده حكما في موضوع اتصل به القضاء، ويكون الحكم الصادر في القضية قابلا للطعن أمام محكمة التعقيب التي يعود إليها البت نهائيا في موضوع الطعن بتركيبة خاصة وبدون إحالة، ويمكن للدولة أن ترجع بما دفعته على المتسبب عن سوء نية في صدور العمل القضائي المؤدي للمضرّة.

الفرع الثاني : نظام المسؤولية المبنية على الخطأ

652- تقترن المسؤوليّة الإداريّة **بفكرة الخطأ** بالرغم من تكاثر حالات المسؤولية بدون خطأ في النظام العام لمسؤوليّة الأشخاص العموميّة. ويتميّز الخطأ الإداري (أو المرفقي) عن الخطأ المدني بجملة من الخصائص لعلّ أهمها هو أن الخطأ الذي يؤسّس مسؤولية الإدارة يكون دائما خطأ الأعوان الذين يعملون لحسابها.

من هذه الوجهة يندرج نظام المسؤولية الإداريّة المبنية عن الخطأ ضمن أنظمة المسؤولية بفعل الغير.

الفقرة الأولى : الخطأ المرفقي

653- إن عبارة الخطأ المرفقي تحمل في طيّاتها الخصائص الجوهريّة لهذا المفهوم: فبحكم أنه خطأ يحيل الخطأ المرفقي إلى **فكرة التقصير والإهمال**، و يبرز تأثّر هذا المفهوم بالنظام العام للمسؤولية التقصيريّة في القانون المدني، و **بحكم أنه مرفقي فإنه يكون مستقلا عن مفهوم الخطأ في القانون المدني.**

ويتّفق فقهاء القانون الإداري على الاعتراف بأنه **من الصعب جدا إيجاد تعريفا شاملا ووفيا للخطأ المرفقي**، فهذا المفهوم **يرتبط في الحقيقة بظروف الحال**، إذ لا وجود لقواعد مرجعيّة في هذا المجال، فالخطأ المرفقي يتخذ أشكالا

مختلفة ومتنوّعة، " لا تحتمل الحصر وهي تشمل كل ما يصدر من الإدارة من الأعمال سواء اكتست صبغة القرارات الإدارية أو صبغة التصرّفات المادية"[744]، ومع هذا يمكن الاقتصار على تعريف الخطأ المرفقي بأنه **الخطأ الذي يتميّز عن الخطأ الشخصي لمستخدم الإدارة**، بحكم أنه يبرز خللا في سير أو في تنظيم المرفق العام يؤدي إلى استبعاد المسؤولية الشخصية للعون العمومي وإلى قيام مسؤولية الإدارة.

654- ولا توجد معادلة مطلقة بين الشرعيّة والخطأ، فهذه المسألة لا معنى لها بالنسبة للتصرّفات الماديّة (الحوادث المدرسيّة، الحوادث التي تقع داخل المستشفيات العمومية، حوادث الأشغال العامة، الخ)، كما أنه لا يوجد تطابق مطلق بين عدم الشرعيّة والقرارات الإدارية المعيبة، إذ يمكن أن نتصوّر قيام حالات من اللاشرعيّة تكون كافية في حد ذاتها لترتيب الحكم بالإلغاء، دون أن تعتبر بالضرورة أخطاء مرفقيّة معمّرة لذمّة الإدارة، ومثال ذلك القرارات التي تنطوي على مجرّد مخالفات شكليّة للشرعيّة القانونيّة.

من هذه الزاوية يبدو **تأسيس الحالة العامة للمسؤوليّة الإداريّة على "الأعمال الإداريّة غير الشرعيّة"** (الفصل 17 جديد من القانون عدد 39 لسنة 1996 المنقح لقانون المحكمة الإداريّة) عوضا عن الأعمال الصادرة عن الإدارة "بغير حق" (الفصل الأول من الأمر القديم المؤرخ في 27 نوفمبر 1888 المتعلّق بالخصام الإداري) **في غير محلّه**.

655- ولعلّ ما يؤكّد ذلك هو أن نظام المسؤوليّة المبني على الخطأ لا يقتصر في الحقيقة على حالة الأعمال الإداريّة غير الشرعيّة المشار إليها بالفقرة الأولى من الفصل 17 المذكور، بل يتجاوز ذلك ليمتدّ إلى حالة المسؤوليّة من أجل الأشغال العامة، بالرغم من عدم إشارة المشرّع في هذه الحالة إلى فكرة الخطأ، بحكم أن نظام التعويض عن مضار الأشغال العامة كما وقع تحديده فقها وقضاء

---

[744] م.إ.، است.، 18 مارس 1976، عدد 29، محمد الحليوي/ م.ع.ن.د. في حق وزارة الشؤون الثقافية و الأخبار، أ.ك.، رقم 1، ص.، 1.

يعتمد وضع المتضرّر إزاء الشغل العمومي، ويؤدي إلى **التمييز بين المشارك** (المقاول المكلّف بإنجاز الأشغال ومستخدميه) **والمستعمل** من جهة، **اللذان يخضعان لنظام المسؤولية المبني على الخطأ**، و**الغير** من جهة أخرى **الذي ينتفع بنظام المسؤوليّة بدون خطأ**[745].

ولا يعتمد القاضي الإداري حلاّ موحّدا بالنسبة للمشارك والمستعمل، بل **يضيّق على المشارك بفرض نظام الخطأ المثبت** ويسعف المستعمل بنظام الخطأ المفترض، ويعود ذلك إلى سببين أساسيين[746] :

– يتمثّل الأول في أن المشارك هو من محترفي الأشغال العامة، وبهذه الصفة يكون محمولا أكثر من غيره على الانتباه لمخاطر هذا النشاط

– ويتمثّل الثاني في أن المشارك يتقاضى أجرة في مقابل الخدمات التي يقدّمها إلى الإدارة خلافا للمستعمل.

الفقرة الثانية : إثبات الخطأ ونظام الخطأ المفترض

656– الأصل في نظام المسؤولية التقصيرية للإدارة هو أن **عبء الإثبات يقع على المتضرّر الذي عليه إقامة الدليل لدى القاضي على وجود الخطأ المرفقي والسببية بين الخطأ والضرر**، وبإمكان زاعم الضرر الانتفاع بنظام الإثبات الخاص بالدعاوى الإدارية[747]، وقد طبّقت المحكمة الإدارية في البداية هذه القاعدة تطبيقا صارما إذ لم تتردّد في رفض الدعوى كلّما تبيّن لها أن المدعي غير قادر

[745] انظر رقم 658–660 أسفله

[746] R. Chapus- *Droit administratif*, Tome 2, op. cit., n° 797

[747] خلافا للمرافعات المدنيّة تتميّز الإجراءات القضائية الإداريّة بصبغتها الاستقصائيّة، وهو ما يعني أن القاضي الإداري يلعب دورا إيجابيا في المنازعة المعروضة عليه يخوّل له " التدخّل لجمع الأدلّة... دون أن يعتبر ذلك خروجا عن مبدأ الحياد، بل إن ذلك من أوكد واجباته" (م.إ.تع.، 20 ماي 2002، عدد 32165، عبد الرؤوف البعزاوي / سعيدة بن سالم في حق أبنائها القصر م.، ص.269).

على إقامة الحجة الكافية على وجود الانحراف في جانب الإدارة عند تسييرها لشؤون المرفق[748].

657– ولكن سرعان ما ظهرت حدود هذا النظام، وذلك كلّما اقتضى الأمر تقدير الأعمال الإداريّة الدقيقة، والبحث في مدى مطابقتها لأصول المهنة، فخصوصية هذه الأعمال وصبغتها الفنية وصعوبة مواكبة النسق السريع للتقدّم العلمي والتكنولوجي قد جعلت وسائل الإثبات التقليدية قاصرة على تحديد المسؤوليات بشأنها.

لذا وسعيا منه لتوفير الحماية اللازمة للمتضررين رأى القاضي الإداري أن ييسّر عليهم التعويض عمّا أصابهم من ضرر، **فأزاح من عاتقهم عبء إثبات الخطأ المرفقي باعتماد طريقة قرينة الخطأ.**

658– وقد أتت أولى التطبيقات للخطأ المفترض كما أسلفنا في مجال **المضار العرضية للأشغال العمومية التي تصيب مستعملي المرفق**، حيث أضحى القاضي الإداري يعتبر أن "مسؤولية الإدارة إزاء مستعملي المباني العموميّة كالطرقات تقوم على قرينة انتفاء الصيانة العادية" وأنه لا يمكنها التفصي من المسؤولية إلا "بإثبات أنها بذلت كل ما في وسعها لدرء الخطر"[749]، ثم توسّع القاضي الإداري عند اعتماده لهذه الطريقة الخاصة في إثبات الخطأ المرفقي، فصار يطبّقها على **الأعمال الطبية والجراحية العادية التي يتولاّها أطباء الصحة العموميّة داخل المستشفيات العمومية والتي تكون فيه مخاطر العلاج معروفة**[750]، وذلك كلّما أصيب المريض

[748] م.إ. اس.، 15 جانفي 1976، القضية عدد 15، خميس الزهار/ م.ع.ن.د. في حق وزارة الصحة العمومية، م. ص.33.

[749] م.إ. اس. 6 ديسمبر 1993، عدد 1053، ورثة الهادي الطيب بن الأمين/ م.ع.ن.د في حق وزارة النقل والمواصلات، م. ق.ت. 1994 ، ص. 414 : تسرب صاعقة عبر جهاز الهاتف تسبب في وفاة مورث المستأنفين

[750] حول مسؤوليّة المرافق الصحيّة انظر:

M. R. Jenayah- *La responsabilité de la puissance publique pour les dommages résultant du fonctionnement des services hospitaliers*, AJT, n° 4, 1992-2, p. 35 et suiv. *La responsabilité médicale*, (sous la direction de) A.

بضرر فادح لا يتناسب مع السبب الذي دخل من أجله المريض المستشفى وتلقى من أجله العلاج، وقد أقرّت المحكمة هذا الاتجاه لأول مرّة بمناسبة نظرها في قضيّة تتعلّق بالتعويض عن الشلل الحاصل للعارض نتيجة خضوعه لفحص كورونوغرافي على شرايين القلب، وقد صرّحت بهذه المناسبة: "حيث تكون قرينة الخطأ محمولة على الإدارة كلما حصل للمريض ضرر فادح لا يتناسب مع السبب الذي دخل من أجله المستشفى أو تلقّى بسببه الفحص " [751].

وقد شهدت فكرة قرينة الخطأ في مجال مسؤوليّة المرافق الصحية امتدادا ملحوظا إلى الإصابات الناتجة عن **التعفّن السريري**، وهي حالة الأضرار التي تصيب المرضى نتيجة تسرّب الجراثيم لجسمهم داخل المستشفيات العمومية، ففي قرار (السماعلي) قضت المحكمة الإدارية بالتعويض للمتضرّر عما أصابه من مضرّة نتيجة تسرّب جرثومة إلى جهازه العصبي عند إقامته بالمستشفى لمعالجة كسر بعظم الحوض وذلك على أساس " قرينة الخطأ المحمولة على عاتق الإدارة والتي دأب فقه القضاء على اعتمادها كلّما حصل للمريض ضرر فادح لا يتناسب مع السبب الذي من أجله تمّ إيواءه بالمؤسّسة الصحية للعلاج "[752] .

الفرع الثالث : نظام المسؤولية غير المبني على الخطأ

الفقرة الأولى : نظام المسؤولية المبني على المخاطر

659- يعتمد فقه القضاء الإداري نظرية المخاطر المستحدثة[753] للإقرار بمسؤوليّة الإدارة بقطع النظر عن ارتكابها لأي خطأ ثابت أو مفترض، ويطبّق هذه

Aouij Mrad, CPU et Association tunisienne de droit de la santé, 2006

[751] م.إ.، است.، 31 ديسمبر 1993، عدد 1078، م.ع.ن.د. في حق وزارة الصحة العمومية / عمر الحفصي، أ.ك.، رقم 25، ص. 407

[752] م.إ.، است.، 18 جوان 1999، عدد 22281، م.ع.ن.د. في حق وزارة الصحة العمومية / محمد السماعلي، م.، ص. 449

[753] حول هذه النظرية انظر: مبروكة الصيد- المسؤولية الإدارية المبنية على نظرية المخاطر المستحدثة، " المسؤولية الإدارية اليوم " الرجع سابق الذكر، ص. 91 وما يتبع

النظريّة على مضار الأشغال العامة اللاحقة بالغير وعلى المضار الناجمة عن الأشياء والأنشطة الخطرة للإدارة وأخيرا على المضار الحاصلة للمتعاونين الوقتيين مع المرفق

أ- مضار الأشغال العامة وصفة المتضرّر

1- مضار الأشغال العامة اللاحقة بالغير

660- نذكّر هنا بالتفرقة الأساسية التي تعتمد صفة المتضرّر وتميّز بين مسؤوليّة المشارك في الأشغال العامة التي تقوم على الخطأ المثبت، ومسؤوليّة المستعمل التي تقوم على الخطأ المفترض، أما **الغير الذي لا ينتفع مباشرة من الشغل العمومي ولا يستعمل المنشأة العمومية، فإنه يعامل معاملة أفضل من المستعمل الذي يجني منها منفعة مباشرة، إذ يخضع لنظام موضوعي محض**[754] **يعفيه من إثبات الخطأ في جانب الإدارة،** فيكفيه إثبات الفعل الضار والضرر والعلاقة السببيّة بينهما للحصول على التعويض، وهو ما أكّدته المحكمة الإداريّة في قرار تعقيبي مبدئي حديث أزالت بمقتضاه التردّد الذي كان يحوم حول هذه المسألة[755]، حيث صرّحت بكلّ وضوح :

" إن مسؤولية الإدارة الراجعة لها المنشأة العمومية تجاه الغير هي مسؤولية موضوعية غير مبنية على الخطأ والتي يكفي لقيامها إثبات الضرر المشتكي منه وقيام العلاقة المادية المباشرة بينه وبين المنشأة العمومية...لئن أسّس قضاة الدرجة الثانية مسؤولية الإدارة على قرينة عدم الاعتناء العادي بالمنشأة فإنه يكون من المتجه استبدال هذا الأساس وتعويضه بنظام المسؤولية الموضوعية غير المبنية على الخطأ باعتبار أنه من متعلّقات النظام العام".

[754] حول هذا النظام التعويض انظر: محمد رضا جنيح- المسؤولية الإدارية عن مضار الأشغال العامة، ملتقى" المسؤولية الإداريّة اليوم "، المرجع السابق، ص. 335 وما يتبع

[755] م.إ.، تع.، 3 جوان 2002، القضية عدد 33185، م.ع.ن.د. في حق وزارة التربية / ورثة حمودة، دراسلت قانونية، عدد 12، 2005، ص. 195 وما يتبع مع تعليق الأستاذة عفاف الهمامي المراكشي

661- غير أنه يصعب في بعض الحالات تحديد من هو المستعمل ومن هو الغير في الشغل العمومي، إذ قد يكون المتضرّر غيرا بالنسبة للمبنى العمومي مصدر المضرّة، ولكنه مستعملا بالنسبة للمنشأة التي حصل بمفعولها الضرر، ومثال ذلك قيام الإدارة بحفريّات على الطريق العام قصد تمرير قنوات للماء أو للغاز، نتج عنها انهيار الطريق وإصابة أحد مستعمليه بأضرار. في هذه الحالة يقع اللجوء إلى مفهوم الإدماج لتحديد صفة المتضرّر إزاء المنشأة العموميّة، فإذا كانت الحفريات مصدر المضرّة مندمجة في الطريق الذي حصل فيه الحادث يعتبر المتضرّر مستعملا للطريق العام [756]، أما إذا كان الشغل العمومي مصدر المضرّة غير مندمجا في المنشأة العموميّة التي وقعت بواسطتها المضرّة، كما هو الشأن عند سقوط قطعة عازلة تابعة لخط كهربائي وتسبّبها في إصابة مترجّل بالطريق العام، فإن هذا الأخير يعتبر غيرا بالنسبة للمنشأة العموميّة مصدر المضرّة[757].

2 – نظام المضار الناجمة عن المنشآت العموميّة الخطرة

662- ويجب التأكيد أنه **في حالة المضار العرضية الناتجة عن المنشآت الخطرة يفقد التمييز بين المستعمل والغير جدواه، وينتفع كلاهما بنظام مسؤولية غير مبني على الخطأ**، وهو ما أكّدته المحكمة الإداريّة في قضائها المتعلّق بالتعويض عن المضار العرضيّة للمنشآت الكهربائيّة لما صرّحت[758]: " حيث ترى هذه المحكمة أن الأعمدة الكهربائية من المنشآت العموميّة الخطرة التي قد ينتج عن وجودها خطر من شأنه أن يتسبّب في أضرار غير عادية وأنه لا فرق حيال المسؤولية المتولّدة عنها بين من كان غيرا بالنسبة إليها وبين من كان مستعملا لها ".

ومن المفيد أن نضيف أن مشرّع سنة 1996 قد انتهى إلى تبنّي هذا التوجّه عند إعادة صياغته لأحكام المسؤولية الإداريّة بمقتضى الفصل 17 جديد من قانون المحكمة الإدارية، إذ مع إقراره – دون تغيير يذكر- لدعوى التعويض عن الأشغال العامة، أضاف أحكاما جديدة تسري على مختلف الأعمال الإداريّة – بما

756 CE 12 janvier 1962, *EDF / Consorts Allamargot*, Rec. p. 29

757 CE Section 12 octobre 1962, *Dame Sidore-Trotta*, Rec. p. 537

758 م.إ.. اس.، 28 أفريل 2000، ورثة نجوى قدور / بلدية زرمدين، غير منشور

في ذلك الأشغال العامة –، وهذه الأحكام التي وردت بالفقرة الفرعية الأخيرة من الفقرة الثالثة من الفصل المذكور تخصّ دعوى التعويض عن "الأضرار غير العاديّة المتولّدة عن الأنشطة الخطرة " للإدارة [759].

ب- مضار الأشياء والأنشطة الخطرة

663- قد تعرّض الإدارة منظوريها لمخاطر استثنائيّة بسبب استعمالها لأشياء أو قيامها بأنشطة خطرة، في هذه الصورة جرى العمل فقها وقضاء على إقرار مسؤوليّتها بصفة موضوعيّة دون حاجة إلى البحث عن الخطأ في جانب الأشخاص العموميّة[760].

1- المخاطر الاستثنائيّة للجوار

664- تمثّل **المخاطر الاستثنائيّة للجوار أولى التطبيقات لنظريّة المخاطر في القانون الإداري**، وتعني أن الإدارة تكون مسؤولة عن الأشياء التي تمثل في حد ذاتها خطرا على سلامة الأفراد وممتلكاتهم، **كالمتفجرات** التي يشكّل وجودها خطورة استثنائية على المناطق المجاورة المفتوحة للعموم[761]، وقد اعتمدت المحكمة الإداريّة لأول مرّة هذا الفكرة في قضائها إثر مراجعة قانونها الأساسي سنة 1996 وتكريس المشرّع لفكرة المخاطر بمقتضى الفصل 17 جديد، فصرّحت " أن الإدارة بصورة عامة ووزارة الدفاع الوطني بصورة خاصة تكون المسؤولة الوحيدة عن عدم تطهير تراب الجمهوريّة التونسيّة من المفرقعات والمتفجرات التي يشكّل وجودها خطرا على العموم سواء أكانت هذه الأدوات الخطرة قريبة من الثكنات وميادين تدريب الجيوش أو بعيدة عنها وسواء كانت متروكة من قبل وحدات الجيش التونسي أو من قبل الجيوش الأجنبية التي مرّت بالبلاد التونسيّة

759 يبدو ربط المشرّع للمسؤولية الإداريّة المؤسّسة على فكرة " المخاطر" بعنصر" الأضرار غير العاديّة" غير موفّقا، إذ لا يشترط الفقه والقضاء الإداري في هذا المجال أن يكون الضرر غير عادي كما لاحظ ذلك الأستاذ محمد صالح بن عيسى، انظر: الدعوى المتعلّقة بمسؤوليّة الإدارة أمام المحكمة الإداريّة، ملتقى إصلاح القضاء الإداري، المرجع السابق، ص. 167

760 CE, 24 juin 1949, *Lecomte et Daramy*, GAJA, n° 49

761 CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, GAJA n° 35

وذلك بالنظر إلى فداحة الأضرار التي يمكن أن تنجم عنها..."[762]، مع الإشارة إلى أن المحكمة كانت تؤسّس المسؤولية في مثل هذه الحالات على فكرة التقصير وتعتبره تارة قابلا للإثبات[763] وطورا مفترضا[764].

2- مخاطر الأسلحة النارية

665- تتعلّق هذه الحالة أساسا **باستعمال الأسلحة الناريّة من طرف أعوان الأمن أو العسكريين**، إذ تعتبر المحكمة الإداريّة في هذا الشأن " أن السلاح الناري الذي تضعه الإدارة بين يدي عون الأمن من الأشياء الخطرة التي يترتّب عن الأضرار الناتجة عنها انعقاد مسؤوليّة الإدارة المبنيّة على المخاطر طبقا لمقتضيات الفصل 17 (جديد) من قانون المحكمة الإداريّة "[765]، غير أن هذا القضاء لا ينتفع به إلا المتضرّر الذي لا يكون مستهدفا لعمليّة الضبط التي حصلت بمناسبتها المضرّة، أما إذا كان معنيا بصفة شخصيّة بهذه العمليّة فلا يمكن له مساءلة الإدارة إلا على أساس نظام الخطأ المرفقي[766].

3- الطرق الخطرة

666- قد تمثل بعض الطرق التي تلجأ إليها الإدارة في إدارتها لبعض المرافق العامة خطرا على منظوريها، لذا جرى العمل فقها وقضاء على تعويض الأضرار الناجمة عنها دون اشتراط الخطأ في جانب المرفق العمومي، ومن الطرق الإدارية الخطرة تلك **الطرق التحرريّة التي أصبحت تتولاّها مؤسّسات**

[762] م.إ.، اس.، 15 جويلية 2002، عدد 23458، م.ع.ن.د. في حق وزارة الدفاع الوطني/ توفيق العبيدي، غير منشور

[763] م.إ.، اس.، 7 جويلية 1988، عدد 335، م.ع.ن.د. في حق وزارة الدفاع الوطني/ المثلوثي، م، 83

[764] م.إ.، اس.، 18 جوان 2001، عدد 32185، م.ع.ن.د. في حق وزارة الدفاع الوطني/ التايب، غير منشور

[765] م.إ.، ابت.، 23 فيفري 2001، عدد 16720، ورثة هنيدة / م.ع.ن.د. في حق وزارة الداخليّة، غير منشور

[766] CE, 27 juillet 1951, *Dame Daubergé*, D. 1952, p. 108, Concl. Gazier, note Morange

الأمراض العقلية[767] **والسجون**[768]، والمتمثلة في الترخيص للمقيمين في الخروج لمدّة محدودة من هذه الأماكن المغلقة في إطار تجارب إعادة إدماجهم في المجتمع، فعندما يتسبّب هؤلاء في إلحاق أضرارا استثنائية بالغير يكون من الطبيعي أن يقع تحميل مسؤوليتها على الإدارة نظرا لما تمثله هذه التجارب من مخاطر على أفراد المجتمع، ويجدر الذكر أنه لم تتح الفرصة للمحكمة الإداريّة لإقرار هذه الحالة الخاصة من المسؤولية، ولكن من المتوقّع أن يتم ذلك في حدود شرط " الأضرار غير العادية " التي سيعود لها تقديرها في نطاق مطلق اجتهادها القضائي[769].

ولا يفوتنا أن نلاحظ أن القاضي الإداري الفرنسي قد خرج – في حالة المضار الناجمة عن تطبيق الطرق الجديدة في العلاج – من نظام المسؤولية المبني على الخطأ – وأصبح يؤسّس الحكم بالتعويض على فكرة المخاطر المستحدثة[770]، وقد اعتمدت المحكمة الإدارية هذا المنهج عند نظرها في قضايا الدم الملوث إذ أضحت تعتبر أن " مسؤولية المرافق العامة للصحّة حال تعهّدها بإسداء ما عهد إليها من خدمات علاجية تقتضي اللجوء إلى وسائل أو مواد تكتسي بحكم التطوّر العلمي المتزامن معها خطورة العلاج تقوم على نظريّة المخاطر على معنى الفصل 17 (جديد) من قانون المحكمة الإداريّة وهو ما يضفي عليها صبغة موضوعيّة تنعقد بمقتضاها بمجرّد ثبوت الضرر وقيام العلاقة السببية "[771].

[767] CE, 13 juillet 1967, *Département de la Moselle*, RDP 1968, p. 391, note M. Waline

[768] CE, 2 décembre 1971, *Theys*, D. 1982, note Tedeschi,

[769] يتأكد ذلك بالرجوع إلى مداولات مجلس النواب حول مشروع القانون عدد 39 لسنة 1996 في جلسته المنعقدة يوم 28 ماي 1996، انظر المداولات عدد 38 لسنة 1996، ص. 16

[770] CE, 9 avril 1993, *Bianchi*, D. 1994, p. 65

[771] م.إ.، اب.، 25 فيفري 2005، عدد 17552، محبوبة التايب ومن معها / م.ع.ن.د. في حق وزارة الصحّة العموميّة ومستشفى الحبيب ثامر ومستشفى الرابطة ومستشفى شارل نيكول، غير منشور

ج – حالة المتعاون الوقتي مع المرفق

667- ينتفع أعوان الإدارة القارون بنظام التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في الوظيفة العموميّة الذي أقرّه القانون عدد 55 المؤرخ في 28 جوان 1995 والذي يعود النظر فيما ينشأ من نزاعات بشأنه إلى القاضي العدلي، ونظرا لعدم كفاية هذا النظام يثور التساؤل حول إمكانية انتفاع أعوان الإدارة بتعويض تكميلي في إطار النظام العام للمسؤولية الإداريّة.

668- ويتعلّق الإشكال بالخصوص بالنسبة للمتعاونين غير القارين مع الإدارة عندما يتعرّضون لبعض المضار العرضيّة بمناسبة مدهم يد المعونة إلى المرافق العموميّة، فهل يمكن لهم الحصول على التعويض على الذمّة المالية للشخص العمومي المسند له الفعل الضار المتسبّب في المضرّة ؟ وما هي الشروط التي قد تفتح لهم الحقّ في التعويض ؟

يتميّز فقه القضاء الإداري في هذا المجال **بالاعتراف للمتعاون الوقتي أو بالمجان بالحق في التعويض بصفة واسعة وطبقا لشروط ميسّرة**، فبعد إقرار مبدأ المسؤولية بدون الخطأ على أساس فكرة المخاطر المستحدثة كلّما كان المتضرّر أجنبي عن الإدارة وحصل الضرر إثر طلب صادر عنها[772] (مسخّر، متبرّع بالدم، مشارك في أعمال إطفاء حريق، أو في أعمال إنقاذ غريق، مصاحب لتلاميذ في رحلة مدرسية، ...)، أصبح القاضي الإداري يكتفي بتوفّر شرط الضرورة في التدخل دون اشتراط أن يكون ذلك نتيجة الموافقة الصريحة للإدارة[773] .

الفقرة الثانية : نظام المسؤولية المبني على الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة

669- يعني" الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة "[774] **أن على الإدارة أن تدفع للمتضرر التعويض المناسب عندما تؤول أعمالها إلى تحميل شخص**

[772] CE, 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, GAJA, n° 59

[773] CE, Ass. 27 novembre 1970, *Cons. Appert-Colin*, AJ, 1971, p. 59

[774] حول هذا المبدأ انظر:

معيّن أو مجوعة من الأفراد المعينين أعباء استثنائية، حتى يتحقّق التوازن اللازم بين كافة أعضاء المجموعة الوطنية.

ويعد هذا المبدأ العام من مبادئ القانون الإداري الأساس الثاني لنظام المسؤولية الموضوعية دون خطأ– إلى جانب نظرية المخاطر المستحدثة – ويلعب دورا أساسيا في تعويض المضار الاستثنائية الناتجة عن القرارات الإدارية الشرعية (أ)، وعن أعمال اضبط الإداري (ب)، أو عن الأشغال العامة (ج)

أ– المسؤولية دون خطأ من أجل القرارات الإداريّة الشرعيّة

670- الأصل أن الأعمال الإداريّة الشرعيّة لا تؤدي إلى قيام مسؤولية الإدارة، غير أن هذا الحل لا يكون عادلا عندما ينتج عنه تحميل أحد الأفراد عبئًا ثقيلا مع رجوعه بالنفع على الكافة، إذ أن العمل الضار يقطع في هذه الحالة مساواة الجميع أمام الأعباء العامة.

671- وتعتبر **حالة المسؤولية بدون خطأ من أجل الأعمال الإدارية الشرعية أولى الحالات التي أقرت فيها المحكمة الإدارية مسؤولية الإدارة بدون خطأ استنادا إلى فكرة المساس بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة**، فقد جاء في قرار (نيوني بروديسيون) الصادر سنة 1989 أنه "على فرض أن الإدارة كانت محقة في اتخاذ قرارها فإن ذلك لا يغنيها عن تعويض الخسارة الاستثنائية التي تخرج عن نطاق طاقة ما يمكن تحمله في صالح المجموعة..."[775]، وقد تأكد ذلك في قضائها اللاحق لما اعتبرت أن القرار الصادر عن وزير الثقافة والقاضي باعتبار مقطع الحجارة المستغل من قبل الشركة المدعية معلما أثريا يتعيّن حمايته

P. Delvolvé- *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, 1969
خليل الفندري– المسؤولية الإدارية على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، ملتقى " المسؤولية الإدارية اليوم "، المرجع سابق الذكر، ص. 75 وما يتبع

[775] م.إ. است.، 12 جوان 1989، عدد 507 وعدد 509، شركة ن. برودكسيون / م.ع.ن.د. في حق وزارة الشؤون الثقافية، م.ص.180 : سحب رخصة تصوير شريط سينمائي للحفاظ على النظام العام المهدّد بالاضطرابات التي تبعت الأحداث التي جدت بولاية قفصة في مطلع سنة 1980

والذي تسبّب في حصول الأضرار المشتكي منها تترتّب عنه مسؤوليّة الإدارة "بقطع النظر عن وجود خطأ في جانبها"، ذلك أن "مساءلتها تجد أساسها واقعا وقانونا في تكبّد الشركة المدعية نتيجة قرار الحماية لخسائر استثنائيّة تخرج عن القدر العادي الذي يمكن أن يتحمّله كل فرد لصالح المجموعة "[776].

ب- المسؤولية دون خطأ من أجل أعمال الضبط الإداري

672- يجوز للمحكوم له الذي بيده سند تنفيذي أن يستنجد بالقوّة العامة لحمل المحكوم ضدّه للإذعان لما أمرت به المحكمة، غير أن السلطة العامة قد ترى أن التنفيذ من شأنه أن يعكّر صفو النظام العام، فترفض القيام بما يلزم للتنفيذ في نطاق حرصها على الحفاظ على النظام العام، في هذه الحالة أقرّ فقه القضاء حقّ المتضرر في مسائلة الإدارة بناء على إخلالها بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وقد اعتمد القاضي الإداري الفرنسي هذا الحلّ لأوّل مرّة في قرار (*Couitéas*) الشهير سنة 1924 عند نظره في قضيّة تتعلّق وقائعها برفض السلطة العامة في عهد الحماية مساعدة أحد المعمرين على تنفيذ حكم صادر عن محكمة سوسة يقضي بطرد ما لا يقل عن 8000 نفر من الأهالي من الأراضي التي كانوا يشغلونها بالجنوب التونسي، درءا للمخاطر المتوقّعة التي قد تترتّب عن التنفيذ، وقد انتهى مجلس الدولة في هذه القضيّة إلى إقرار مسؤوليّة الدولة بناء على أن امتناعها عن مساعدة المحكوم له على تنفيذ حكمه يمثّل إخلالا بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة [777].

ج- المسؤولية دون خطأ من أجل المضار غير العرضية للأشغال العامة

673- لقد أتت **أهم تطبيقات لحالة المسؤولية المبنية على فكرة الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة في مجال المضار غير العرضية للأشغال العامة**، وقد عبّرت المحكمة الإدارية بوضوح عن هذه الفكرة في قرار (عبد

[776] م.إ.، ابت.، 7 جوان 2002، عدد 16758، شركة سوكتاكس / م.ع.ن.د. في حق وزارة الشؤون الثقافية، غير منشور

[777] CE, 30 novembre 1924, *Couitéas*, GAJA, n° 41

اللطيف التركي) لما أعلنت أن " تقتضي صبغة المصلحة العامة التي تتميّز بها (أي الأشغال العامة) أن تتحمّل المجموعة عبء جبر الأضرار التي تنتج عنها وبالتالي فإن تحميلها لشخص واحد يفضي حتما إلى الإخلال بمبدأ التساوي في تحمّل الأعباء العمومية"[778]، ثم أعادت تأسيس قضاؤها على هذه الفكرة في قرار (المنصف الدرويش) فصرّحت " وحيث أن مسؤولية المستأنف في اكتناف عقار النزاع لا تقوم على الخطأ وإنما هي مسؤولية موضوعية تقوم على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة لكون الضرر المدعي به هو ضرر مستمرّ وناتج عن إقامة منشأة عمومية بجوار عقار التداعي تمثّل في حفر قنال من طرف مؤسّسة عمومية في نطاق تنفيذ مشروع ذي مصلحة عامة"[779].

674- ويلاحظ في هذا الإطار أنه قد سبق للمحاكم المدنية الفرنسية المنتصبة بتونس للنظر في المادة الإدارية طبقا لأحكام الفصل الأول من أمر 27 نوفمبر 1888 اعتماد هذا المبدأ قولا : " إن الإدارة بالرغم من بقائها في حدود اختصاصها وقيامها بالمهام التي يفرضها عليها القانون تكون ملزمة بالتعويض عن المضار التي تتسبّب فيها لملك الغير عند إنجازها للأشغال العامة عملا بالمبدأ القائل بأنه من العدل والإنصاف أن تتحمّل الكافة أعباء المنشأة العمومية التي ستعود بالنفع على الجميع "[780].

675- ويجب أن نضيف في خاتمة هذا العرض أنه لا يوجد في فقه القضاء الإداري التونسي إلى حد هذه الساعة تكريسا لمبدأ مسؤولية الدولة من أجل أعمالها

[778] م.إ. است.، 14 نوفمبر 1994، عدد 1292، م.ع.ن.د. في حق وزارة التجهيز و الإسكان / عبد اللطيف التركي سالف الذكر

[779] م.إ. است.، 19 نوفمبر 1999، القضية عدد 21905 ، الديوان الوطني للتطهير / المنصف درويش، م.ص. 502 : قيام ديوان التطهير بأشغال عامة تمثّلت في حفر قنال في نطاق إنجاز مشروع تطهير محيط تونس الكبرى ممّا تسبّب في اكتناف عقار المستأنف ضدّه

[780] Tribunal civil de Tunis, 27 janvier 1920, *Carton et Sureau / Directeur des Travaux publics*, J.T. 1920, p. 352

التشريعيّة كلّما كانت سببا في إحداث خسائر استثنائيّة لأحد الأفراد، وذلك خلافا للحلول التي أقرّها فقه القضاء الفرنسي[781].

الفرع الرابع : المبادئ العامة للتعويض عن الضرر

676- لا تختلف المبادئ العامة للتعويض المعتمدة في نظام المسؤوليّة الإداريّة عن قواعد التعويض التي تطبّق فيما بين الأفراد إلا في الجزء الضئيل، لذا يرى جانبا من الفقه أن إقرار نظام خاص بمسؤوليّة الأشخاص العموميّة عديم الجدوى[782].

677- وبالرغم من التشابه الكبير الذي نلمسه في الحلول المعتمدة، يبدو هذا الرأي مبالغ فيه بالنظر إلى **الخصوصيّة المتأكدة لبعض قواعد التعويض في القانون الإداري** التي تتجلى سواء فيما يتعلّق بخصائص الضرر القابل للتعويض أو فيما يخص أساليب التعويض

الفقرة الأولى : خصائص الضرر القابل للتعويض

678- الضرر هو الركن الثاني في نظام المسؤوليّة عامة وفي نظام المسؤوليّة الإداريّة على وجه الخصوص، فهو يأتي بعد العمل الإداري الضار الذي يؤسّس الحق في الحصول على التعويض، ويشترط في الضرر جملة من الخصائص وهي التالية:

أ- الضرر المسند للإدارة

679- لا يفتح الضرر الحق في التعويض إلا إذا كان **قابلا لأن ينسب إلى الإدارة**، ويصعب في بعض الأحيان تحديد الجهة الإداريّة المسؤولة عن الضرر كما هو الشأن كلّما يتدخّل عون يجمع اختصاصات مختلفة لحساب عدّة أشخاص

781 CE, 14 janvier 1938, *Sté La Fleurette*, D. 1938, p. 41, note Rolland

782 انظر:

Ch. Eisenmann- *Sur le degré d'originalité de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, J.C.P. 1949.I. 472 et 751

عموميّة، فالمضرّة التي يتسبّب فيها تتولّد عنها مسؤوليّة الجهة الإداريّة التي تم لحسابها الفعل الضار، ومثال ذلك رئيس البلديّة الذي يتدخّل تارة لحساب الدولة وطورا لحساب البلديّة، وتتشعّب المسألة عندما يتولّى أعوان ينتمون إلى إدارات مختلفة أعمال متتالية تساهم كلّها بدرجات مختلفة في حصول الضرر، كأن يرفض مدير المعهد وقيّمه العام توجيه التلميذ الذي أصيب في الرأس خلال الحصة الرياضيّة إلى المستشفى، وأن يتأخّر بعد ذلك المستشفى في إسعاف التلميذ المصاب، في هذه الحالة يسعى القاضي الإداري حسب ظروف وملابسات الحال إلى توزيع المسؤوليّات بين مختلف الإدارات التابع لها الأعوان الذين تسبّبوا في المضرّة[783].

680- كما يعتمد فقه القضاء حلاّ ميسّرا بالنسبة للمتضرّرين من الأشغال العموميّة إذ يخوّل لهم الرجوع على صاحب الشغل العمومي ومطالبته بالتعويض، حتى وإن ثبت أن الفعل الضار المؤدي للمضرّة ينسب في الحقيقة إلى المقاول المكلّف بإنجاز الأشغال ؛ تقول المحكمة الإداريّة في هذا الشأن: " وحيث أنه في صورة حصول ضرر ناتج عن أشغال عموميّة فإن القيام يكون على صاحب المشروع الذي بادر بإنشائه وتولى القيام بتمويله ولا يمكن له التفصي من مسؤوليته تجاه المتضرّر حتى وإن كان ذلك بالاستناد إلى الأخطاء التي ارتكبها المقاول الساهر على تنفيذ الأشغال..."[784]

ب - الضرر المباشر والمؤكّد

ومن الشروط التقليديّة التي يجب أن تتوفّر في الضرر أن يكون مباشرا ومؤكدا .

783 م.إ.، اس.، 30 فيفري 2001، عدد 22327 ، ورثة حازم غزال/ م.ع.ن.د. في حق وزارتي التربية الوطنية والصحة العموميّة، غير منشور: وفاة تلميذ متأثرا بإصابة في رأسه خلال الحصة الرياضيّة نتيجة عدم إسعافه في الوقت المناسب بسبب التقصير المتتالي لمستخدمي المعهد الثانوي والمستشفى والحكم بنقض الحكم الابتدائي الذي كان قد قضى بعدم سماع الدعوى والقضاء مجدّدا باعتبار الإدارتين مسؤولتين عن الضرر الحاصل للمستأفين

784 م.إ.، است، 9 جوان 1988، عدد 618، ورثة بلحارث/ م.ع.ن.د. في حق وزارة التجهيز، م. ص.66.

1- الضرر المباشر

681- يعني الضرر المباشر أن تكون هناك رابطة مباشرة بين الفعل الضار والمضرّة، فالسببية تعتبر من الشروط الأساسيّة في مختلف أنظمة المسؤوليّة، ويثير هذا الشرط صعوبة تحديد السبب الأصلي المؤدي للمضرّة، ذلك أن الضرر الحاصل غالبا ما يكون ناتجا عن سلسلة من الأسباب المتداخلة والتي يكون لكل واحد منها تأثير على الآخر، فما هو في هذه الحالة السبب الموجب للتعويض ؟ يستبعد القاضي الإداري هنا نظريّة تكافؤ الأسباب التي ترى أنه يجب الأخذ بكافة الأسباب أيا كانت درجة الرابطة بينها وبين الضرر الحاصل، و يأخذ – على غرار نظيره المدني[785]– بنظريّة السبب المنتج التي تقوم على التمييز بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة، ولا تعتمد إلا هذا النوع الأخير من الأسباب، ويعرّف عادة السبب المنتج بأنه السبب المألوف الذي يتوقّع منه منطقيا حصول الضرر، ففي صورة ولادة طفل مصاب بمرض جيني داخل المستشفى العمومي نتيجة خطأ طبي في تشخيص حالته قبل الولادة، فإن السبب المنتج الذي يفتح الحق في التعويض هو التقصير في إعلام الوالدين بمخاطر الولادة إثر إجراء الفحوص الطبية، أما المرض الجيني في حد ذاته فهو من متعلقات الكيان الجيني للطفل المذكور، سابق لتشخيص الحالة المرضيّة، فلا وجود بالتالي لعلاقة سببية مباشرة بين الخطأ المرفقي والمرض موضوع مطلب التعويض المقدم في حق المولود الجديد، وهو ما يبرّر الحكم بقيام مسؤولية المستشفى العمومي إزاء الوالدين وبانتفائها إزاء الطفل المعوق[786].

682- وإذا كان السبب المؤدي للمضرّة أجنبيا عن الإدارة جاز لها التخلّص من عواقب المسؤوليّة والمطالبة بإعفائها كليا أو جزئيا من واجب التعويض، وتعتبر من الأسباب الأجنبية في فقه قضاء خطأ المتضرّر وفعل الغير والقوّة القاهرة والأمر الطارئ، دون تمييز بين حالات المسؤولية المبنية على الخطأ وحالات

[785] انظر في هذا الشأن: محمد الزين- النظرية العامة للالتزامات...، المرجع سابق الذكر، ص.274 وما يتبع

[786] CE, Section, *CHR Nice/ Epoux Quarez*, RFDA 1997, Concl. V. Pécresse, note B. Mathieu

المسؤولية دون خطأ خلافا لما هو الشأن في القضاء الإداري الفرنسي[787]، كما يلاحظ أن القاضي الإداري يتشدّد في قبول أسباب الإعفاء الخارجيّة، فلا يعتبر مثلا من قبيل القوّة القاهرة إلا الحالات القليلة النادرة.

2- الضرر المؤكّد

683- لا يعتدّ بالضرر الذي يكون محتملا أو افتراضيا بل يجب أن يكون الضرر مؤكّدا، وقد يحصل في المستقبل ويكون مؤكّدا، كأن تهدر الإدارة على منظوريها فرصة حقيقيّة في النجاح بإقصائهم بدون وجه شرعي من المشاركة في مناظرة[788]، فالمحكمة الإداريّة خلافا للمحاكم العدلية لا ترفض التعويض عن ضياع الفرصة باعتباره فرعا من "الضرر المادي" ولكن بشرط ثبوت "وجود ضرر ثابت ومحدّد وجدّي يمكن تقديره على أسس ملموسة وواقعيّة "[789]، فالضرر المقبل الذي يتوقّع حصوله مستقبلا بصورة مؤكّدة ومثال ذلك فقدان الأمل في البرء بسبب الخطأ في العلاج داخل المستشفى العمومي، يفتح بدون شك الحق في الحصول على التعويض

ج- الضرر الخاص والضرر غير العادي

هذه الشروط لا تهمّ إلا المسؤوليّة بدون خطأ، إذ لا معنى لها في نظام المسؤوليّة المبني على الخطأ

1- الصبغة الخاصة للضرر

684- تفيد **الصبغة الخاصة** أن الضرر قد **لحق بفرد واحد، أو بعدد محدود جدّا من أفراد المجموعة**، إذ لا يجوز الحديث عن ضرر خاص إذا ثبت أنه لحق

[787] يعتبر مجلس الدولة الفرنسي في مجال المسؤولية بدون خطأ أن الأمر الطارئ لا يعفي الإدارة من واجب التعويض:
CE, Ass. 9 juillet 1948, *Capot et Denis*, RDP 1948, 576, note Waline

[788] م.إ.، تس.، 26 ماي 1983، عدد 191، بربيرو/ م.ع.ن.د. في حق وزارة المالية، م. ص.231.

[789] إ.، اس.، 12 ماي 2001، عدد 22699، سالم/ م.ع.ن.د. في حق وزارة الصحة والتعليم العالي، م. ص. 269

بكافة أفراد المجتمع، ففي قرار (عبد اللطيف التركي) رأت المحكمة الإداريّة أن الضرر الناجم عن إنجاز الشغل العمومي هو ضرر خاص لأنه أصاب شخص واحد الذي أضحى عقّاره عرضة لتجمّع المياه بسبب بناء المنشأة العمومية بجواره، ورأت في ذلك " إخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العمومية "

2- الصبغة غير العادية للضرر

685- هو **الضرر الفادح والجسيم الذي يتجاوز ما يجب على المتضرّر أن يتحمّله بالنظر إلى مقتضيات العيش في المجتمع،** ويعود إلى القاضي الإداري وحده تقدير هذا العنصر، وهذا الأمر لا يثير إشكالا يذكر بالنسبة لبعض أصناف المضار " المستمرّة " التي تنال مباشرة - وعلى المدى الطويل - الملكية العقارية أو التجارية نظرا لصبغتها غير عادية البديهيّة [790]، كأن تقوم البلدية مثلا بأشغال بالطريق العام يترتّب عنها مضار فادحة للأملاك المجاورة، ولكنه يكون صعب التحديد بالنسبة لبعض أنواع المضار التي تتميز بالظرفية، فمضار الضجيج مثلا ستعتبر غير عادية إذا حصلت داخل المناطق السكنية، ومن باب أولى بجوار المستشفيات العموميّة، وستكون عادية إذا جدّت داخل منطقة صناعية، ومن هنا تتّضح صعوبة التقدير، إذ أن البحث عن حدّ معيّن من المضار العادية هو أمر غير يسير، وهو على كل حال أمر نسبي يعود إلى القضاء تقديره باعتبار ملابسات الحال، فالمسألة هي مسألة توازن بين مقتضيات الصالح العام وحقوق منظوري الإدارة، فإذا اختلّ هذا التوازن بفعل السلطة العامة جاز اعتبار الضرر غير عادي [791]، وإلا سيؤول الأمر إلى عرقلة أعمال الإدارة واستحالة تحقيق المصلحة العامة.

686- والضرر غير العادي يقدّر بدرجة ثانية بالنظر إلى أهمّية الأشغال العمومية والمدّة اللازمة لإنجازها وضخامة الوسائل المستعملة ومدى تأثيرها على

---

[790] .إ.، تس.، 26 ماي 1983، عدد 191 بربيرو سالف الذكر

[791] تسعى المحكمة الإدارية إلى عدم تحويل نظام التعويض عن المسؤولية بدون خطأ إلى نظـام تأمين ضد جميع المخاطر، بما في ذلك المضار البسيطة التي" لا تخرج عن القدر العـادي الـذي يمكن أن يتحمّله كل شخص لفائدة المجموعة " كما صرّحت بذلك في قرارها الصادر بتـاريخ 7 جوان 2002، شركة سوكتاكس / م.ع.ن.د. في حق وزارة الشؤون الثقافية، غير منشور

حقوق الأفراد، فالضرر يكون غير عادي إذا كان نتيجة قيام الإدارة بأشغال ضخمة، تواصلت على مدى طويل، وتسبّبت لمنظوري الإدارة في مضار جسيمة تفوق بكثير ما يمكن للفرد أن يتحمله بالنظر إلى مقتضيات العيش في المجتمع، كما لو تقوم الإدارة ببناء جسر يؤدي إلى حرمان أصحاب المحلات التجارية المجاورة من استغلال محلاتهم [792]، أو كأن تقوم الإدارة بحفر نفق، أو ببناء محوّل للطرقات، أو بمدّ خط حديدي داخل المدينة ينجرّ عنه حرمان أصحاب المتاجر المجاورة من الاستغلال [793].

د – الضرر المادي والضرر المعنوي

687- لم تتردّد المحكمة الإداريّة منذ البداية في التعويض عن جميع أنواع الضرر بما في ذلك **الأضرار المعنويّة** [794]، استئناسا بما استقر عليه فقه عمل المحاكم العدلية في هذا الشأن، فلا ترفض التعويض إلا في حالات استثنائية نذكر من بينها المضار الناجمة عن الارتفاقات العمرانيّة (الفصل 23 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير)، أو في مجال المضار غير العرضية للأشغال العامة عندما يكون بوسع زاعم الضرر أن يتوقع حصوله عند تقريره الانتصاب بجوار مكان إنجاز الشغل العمومي المؤدي للمضرّة، لأن منظور الإدارة محمول في هذه الحالة على قبول المساوي الناجمة عن فعله [795].

---

[792] م.إ. است.، 10 مارس 2000، القضية عدد 21720، نورالدين القرقوري ومن معه / م.ع.ن.د. في حق وزارة التجهيز والإسكان، م.ق.ت. 2004: إن الأضرار الناتجة عن بناء ثلاثة جسور على الطريق الرابطة بين مدينتي صفاقس وقابس والتي أدت إلى غلق كافة الممرات المؤدية إلى محطة بيع البنزين و حرمان أصحابها من مواصلة استغلالها تعد أضرار" ثابتة وغير عادية " تستوجب التعويض

[793] م.إ.اس.، 29 أفريل 2000، القضية عدد 22180، شركة المترو الخفيف لبلدية تونس / رشيد بومعيزة، م.ق.ت.2004، ص.323، مع ملاحظات الأستاذ ابراهيم البرتاجي

[794] م.إ.، اس.، 15 ماي 1989، عدد 512، م.ع.ن.د. في حق وزارة التربية والتعليم والبحث العلمي / عبد العزيز المزوغي، م.ص. 32

[795] م.إ.، اس.، 08 جويلية 1982، عدد 166، بلديّة قليبية / محمد صالح خوجة، م. ص. 166

الفقرة الثانية : أساليب التعويض

يعتمد القاضي الإداري في التعويض جملة من المبادئ يمكن اختزلها في القواعد التالية:

أ- مبدأ الصبغة المالية للتعويض

688- تمثل **الصبغة الماليّة للتعويض** أولى المبادئ التي تحكم النظام العام للتعويض في القانون الإداري فلا يمكن للقاضي الإداري أن يقضي بالتعويض العيني لأن ذلك يتعارض مع مبدأ عدم جواز توجيه الأوامر للإدارة الذي أقرّه الفصل الثالث من القانون عدد 38 لسنة 1996.

ويتخذ التعويض النقدي أشكالا مختلفة، فإما أن يكون في شكل رأس مال وإما أن يكون في شكل جراية، وتوظّف على المبالغ المالية فوائض قانونية تحتسب من تاريخ الحكم وفقا لأحكام الفصل 1100 م.إ.ع.

ب- مبدأ التعويض الشامل

689- الأصل في نظام التعويض هو أن يكون **شاملا لجميع أوجه الضرر**، وقد حرصت المحكمة الإداريّة على تأكيد هذا المبدأ باطراد في قضائها، ففي مجال التعويض عن ضرر الاستيلاء مثلا نرى المحكمة تقضي لا فقط " بغرامة نزع الملكية " وإنما أيضا " بغرامة الحرمان من التصرّف "[796]، وحتى بغرامة التعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن الاستيلاء، وهو تعويض ممتدّ يأخذ بجميع جوانب الضرر.

على أن المحكمة لا تقضي بالتعويض إلا في حدود الطلبات التعويضيّة للقائم بالدعوى، كما أنها لا تمنح التعويض إلا في حدود الضرر الفعلي والحقيقي الحاصل للمتضرّر من عمل الإدارة، لذا نراها حريصة على تفادي حصول المتضرّر على تعويض مضاعف من جهات مختلفة، كما قضت بذلك في قرار

[796] م.إ.، 18 مارس 1976، عدد 29 ، الحليوي سالف الذكر

ورثة بن مسعود لما تولت الطرح من مبلغ التعويض ما سيتحصّل عليه الورثة من مبالغ مالية في نطاق النظام الخاص بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنيّة[797].

690- ونضيف أن القاضي الإداري **يراعي في تقديره القيمة الزائدة التي قد تحصل للمتضرّر من العمل الإداري**؛ تقول المحكمة الإداريّة في هذا المعنى: " حيث يتبين من تدقيق النظر في أوراق الملف أن أرض التداعي إنما استعملت لفائدة المصلحة العامة المتمثلة في إنجاز طريق فوقها وأن المستأنف ضده هو من أول المنتفعين بهذا الإنجاز ضرورة أن الأرض المتبقية في حوزته والمجاورة للطريق المذكور يقع بها مسكنه "[798].

ج – تاريخ تقدير التعويض

691- الأصل في القانون الإداري التونسي هو " أن تقدير الغرامة يقع في تاريخ القيام بالدعوى"، وهو الحلّ الذي دأبت المحكمة الإدارية على انتهاجه في قضايا التعويض[799].

692- وفي الحقيقة يبدو **هذا الحلّ غير متماشيا مع مبدأ التعويض العادل**، ضرورة أن بطء الإجراءات الإداريّة وعدم الاستقرار النقدي، والمدّة الفاصلة بين تاريخ القيام وتاريخ الحصول على التعويض، قد يجعل التعويض الممنوح غير متماشيا مع أهمية الضرر بحكم عامل التضخّم المالي. لذا يكون من الأفضل لو قبل القاضي الإداري تقدير التعويض في تاريخ التصريح بالحكم.

693- ومن جهة أخرى يتسم لتعويض الممنوح من القاضي الإداري مبدئيا **بصبغته النهائيّة**، فلا يجوز مراجعته بدعوى مبتدئة إلا في حالة تفاقم الضرر بشرط أن يكون ذلك راجع للسبب الأصلي المؤدي للمضرّة.

[797] م.إ.، اس.، 6 مارس 1995، عدد 1521، م.ع.ن.د. في حق وزارة التجهيز/ ورثة بن مسعود،

[798] م.إ.است.، 8 جويلية 1982، القضية عدد 166، بلدية قليبية / محمد صالح خوجة سالف الذكر

[799] م.إ، 18 مارس1976، عدد 29 الحليوي سالف الذكر

الباب الثاني : مبدأ الشرعية

تمهيد

694- في مقابل تمتّعها بامتيازات السّلطة العامة تخضع الإدارة للقانون. ولبيان مستوى هذا الخضوع وحدوده يجب التذكير بالقواعد المرجعيّة التي تفرض على الإدارة، وإبراز اختلافها من حيث قيمتها القانونية، لنحدّد بعد ذلك طبيعة الالتزام المحمول على الإدارة.

I- كتلة الشرعيّة

695- **يتبوّأ مبدأ الشرعية مكانة خاصة في القانون الإداري** على اعتبار أنه يمثّل القاعدة التي تقتضي أن السّلطات الإدارية تكون ملزمة في أعمالها باحترام القانون بالمعنى الواسع لهذه العبارة[800].

ولئن كانت مصادر الشرعية تختلط مع مصادر القانون الإداري[801]، فإن ذلك لا يرتق إلى درجة التطابق الكلّي إذ نجد ما بين مصادر القانون الإداري ما لا يتعلّق بشروط شرعيّة الأعمال القانونية للإدارة وإنمّا بنظام التعويض عن أعمالها الضارة.

696- ولهذه الفكرة مدلول خاص في النظم التي تسير على منوال مبدأ الفصل بين الهيئات، يفيد أن القواعد القانونية التي يتكوّن منها النظام القانوني في

---

[800] حول هذا المبدأ راجع :

Carré de Malberg- *la théorie de la formation du droit par degrés*, S.1993, p.165

Ch. Eisenmann- *le droit administratif et le principe de légalité*. EDCE, n° 11, p. 25

J. Rivero- *le juge administratif, gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité*, Mél. Waline, p.701.

J. Chevallier- *la dimension symbolique du principe de légalité*, RDP, 1990, p.1651

[801] انظر الفرع الثاني من المقدمة العامة أعلاه

الدولة ترتبط ببعضها ببعض ارتباطا تسلسليا، وأنها ليست جميعا في مرتبة واحدة من حيث القيمة والقوّة القانونية، بل تتدرّج فيما بينها بما يجعل بعضها أسمى مرتبة من الأخرى: فنجد في القمّة القواعد الدستورية التي تكون أعلى مرتبة من القواعد التشريعية، وهذه بدورها تحتلّ مرتبة أعلى من مرتبة القواعد الترتيبية، ونستمرّ في هذا التدرج التنازلي حتّى نصل إلى القاعدة الفردية.

ويترتّب عن هذا التدرّج **خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأسمى**، فأعمال الإدارة تكون خاضعة عند صدورها لما يعرف **"بكتلة الشرعيّة"** أي إلى مجموع القواعد والأحكام التي تعلوها درجة في سلّم القواعد القانونية.

697– ويؤدي هذا الترتيب إلى التمييز بين مصدرين أساسيين من مصادر الشرعية:

– **الشرعية الفوقية** وهي جملة القواعد التي تصدر عن السّلطات العمومية العليا والتي تكون ملزمة للإدارة (الدستور، المعاهدات الدوليّة، القانون، المبادئ العامة للقانون، فقه القضاء)

– **الشرعية التحتية** وهي جملة القواعد التي تصدر عن مختلف السّلطات الإدارية والتي تكون فيها القاعدة السفلى خاضعة للقاعدة العليا والقاعدة الخاصة خاضعة للقاعدة العامة.

II– التدرج الشكلي والتدرج الموضوعي

698– الأصل في تدرّج الأعمال القانونية للإدارة[802] أنها تتدرّج فيما بينها على أساس شكلي أي أن **العمل القانوني يأخذ مرتبة السّلطة التي أصدرته.**

[802] تشكل قاعدة تدرّج الأعمال القانونيّة للإدارة مبدأ من المبادئ القانونيّة العامة تأكّد منذ صدور قرار (ابراهيم بنور) حيث صرّحت المحكمة الإداريّة بهذه المناسبة " أنه من المبادئ القانونية العامة أنه إذا صدرت قاعدة ترتيبيّة عامة بأداة من درجة معيّنة فلا يجوز تعديلها أو مخالفتها بأداة أدنى منها درجة "(م.إ.، تس.، 2 ديسمبر 1980، عدد 365، ابراهيم بنور / وزير المواصلات، م. ص. 418)

ومن ثمّ فإن مرتبة هذا العمل تسمو مع ارتفاع درجة السّلطة التي أصدرته، فليس من شكّ أن القواعد الدستورية تحتلّ أعلى درجة في سلّم القواعد القانونية، تليها القوانين بمختلف أشكالها، فالأعمال الإدارية التي تأخذ كلّ منها مرتبة السّلطة التي أصدرتها، فيكون الأمر الرئاسي أسمى مرتبة من القرار الوزاري، وهذا الأخير بدوره أعلى درجة من قرار الوالي، وكلّما ارتفعت مكانة السّلطة الإدارية في التنظيم الإداري ارتفعت معها مرتبة الأعمال الصادرة عنها.

699– بيد أن هذا **المبدأ لا يكفي وحده لتفسير محتوى الشرعية**، إذ لا بدّ من إكماله **بضابط موضوعي تكون بمقتضاه القواعد العامة والمجرّدة متفوّقة على القواعد الخاصة** وإلا فقدت الأولى صبغتها الإلزامية وأصبح بإمكان السّلطات الإدارية إفراغها من محتواها بإصدارها لقرارات فردية مخالفة لها.

ويعتبر مبدأ التدرّج الموضوعي قاعدة مطلقة تسري على جميع القرارات الإدارية، ويؤدي هذا المبدأ إلى ثلاث نتائج أساسية.

– تتمثّل الأولى في أن السّلطات السفلى تكون ملزمة باحترام القواعد العامة الصادرة عن السّلطات العليا عند وضعها لقواعد خاصة، إلاّ إذا تضمّنت القواعد العامة إمكانية الاستثناء.

– وتتمثّل الثانية في أن السّلطة الإدارية – صاحبة التراتيب – تكون ملزمة باحترام تراتيبها طالما أنها لم تقم بتعديلها أو بإلغائها، وذلك وفقا للقاعدة العامة القائلة : " **التزم القانون الذي وضعته بنفسك** "، فلئن وضعت كلية الحقوق شروطا عامة لقبول الطلبة بالمرحلة الثالثة فلا يمكن لها أن تخالف هذه الشروط عند النظر في الحالات الفردية للمرشحين.

– وتتمثّل الثالثة بالخصوص في **خضوع السّلطات الإدارية العليا عند وضعها لقراراتها الفردية للقواعد العامة الصادرة عن السّلطات الدنيا**[803]. ويمثّل هذا الأثر أوضح برهان على عدم كفاية قاعدة التدرّج الشكلي.

[803] CE, 03 juillet 1931, *Commune de Clamart*, S., 1932, 3,1, note R. Bonnard

وليس من شك في أن المعيار الموضوعي هو الذي يسمح بإدراج القواعد القضائية والمبادئ العامة للقانون- وهي قواعد غير مكتوبة- ضمن سلّم القواعد القانونية التي يتكوّن منها النظام القانوني للدولة.

III- طبيعة الالتزام المحمول على السّلطات الإداريّة

700- ما معني خضوع الإدارة لمبدأ الشرعية ؟ وما هي طبيعة الرابطة التي يجب أن تقوم بين القرار الإداري والقاعدة الأسمى حتى يصدر مشروعا ؟

إن الالتزام المحمول على السّلطات الإدارية باحترام القواعد العليا عند اتّخاذها لقراراتها يعني ضرورة صدور القرار الأدنى من السّلطة التي حدّدتها القاعدة الأسمى وبإتباع الإجراءات التي بينتها، وأن يكون هذا القرار متّفقا في مضمونه مع القاعدة الأعلى، ومن الطبيعي أن **تكون بالتالي درجة الالتزام بالشرعية القانونية مختلفة باختلاف درجة كمال القاعدة الأسمى ودقّتها**، ففي بعض الحالات تكون **قواعد الشرعيّة ذات محتوى غير محدّد**[804]، بحكم عدم دقّة النصوص، أو بحكم تعمّد مصدرها عدم توضيح مدلولاتها ومضامينها بهدف تمكين السلطة المختصّة من حريّة واسعة في التقدير، تخوّل لها ضمان تآلف مقتضياتها مع ظروف العمل المتغيّرة، ومثال ذلك المصلحة العامة ومصلحة المرفق والنظام العام في مجال الضبط الإداري...

701- والأصل في الأعمال الإداريّة أن يكون القرار الإداري مطابقا للقاعدة الأسمى، ولا يعني ذلك أن يكون بالضرورة " نسخة مطابقة للأصل " من القاعدة المذكورة، وإنما يفيد فقط ألاّ يكون مخالفا لها، وألاّ يتضمّن في طيّاته ما ينقضها شكلا ومضمونا، وهو ما يستوجب الكشف عن هذه القاعدة وتفسيرها وتحديد معانيها ومقارنة العمل الإداري موضوع النزاع بمقتضياتها، مع الإشارة

---

[804] حول هذا النوع من القواعد راجع G. Gherairi- *L'application des notions juridiques indéterminées par le juge administratif tunisien : l'exemple de l'intérêt général*, Mél. Amor, p.471 et suiv.

إلى أن **الرقابة** التي يجريها القاضي الإداري في هذا الشأن قد **تتّسع أو تضيق حسب درجة الحريّة التي تتركها النصوص للإدارة عند قيامها بأعمالها**[805].

702- وقد تصل هذه الحريّة إلى أقصى الحدود عندما تؤول قواعد المشروعيّة القانونيّة إلى الاعتراف للإدارة بحريّة في التقدير قد تصل إلى حدّ تمكينها من القيام بأعمال تكون **متلائمة** (*compatible*) فقط مع روح القاعدة العليا دون أن تكون بالضرورة **مطابقة** لها (*conforme*)، وهو ما يعني إمكانية القيام بأعمال تختلف مع هذه القاعدة، وحتى بأعمال مخافة لها إلى درجة ما.

ففي المجال العمراني مثلا يكتفي المشرّع بالتنصيص على ضرورة مراعاة الأمثلة التوجيهيّة للتهيئة الترابيّة عند إصدار أمثلة التهيئة العمرانية وهو ما يعني أن الاختلاف بين الوثيقتين يكون جائزا طالما أنه لا يؤدي إلى المساس بالتوجّهات العامة لأمثلة التهيئة الترابية[806]، وفي مجال مراقبة مدى تعارض مقتضيات القوانين الداخلية مع أحكام المعاهدات الدوليّة المصادق عليها وفقا لما يقتضيه الدستور يكتفي القاضي الإداري في نطاق **رقابة " المعاهدتيّة " التي يجريها في هذا الشأن**[807] باشتراط مجرّد علاقة ملائمة بين قواعد القانون الوطني وقواعد القانون الدولي، أما شروط الاعتراف أو عدم الاعتراف بالملائمة فإنها مرتبطة ارتباطا وثيقا بسياسته القضائيّة التي تهدف إلى التوفيق بين مختلف القواعد التي يتكوّن منها النظام القانوني الوطني وتحقيق التآلف اللازم بين قواعد القانون الدولي والداخلي.

بعد هذه الملحوظات الأوليّة سوف يدور البحث في هذا الباب حول ثلاث مسائل رئيسيّة وهي على التوالي: شروط الشرعية (المبحث الأول) امتداد الشرعية (المبحث الثاني) وجزاء اللاشرعية (المبحث الثالث)

---

[805] انظر رقم 742-744 وما يتبع أسفله

[806] الفصل 18 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير الصادرة بمقتضى القانون عـدد 122 لسنة 1994 المؤرخ في 28 نوفمبر 1994

CE., Ass, 22 février 1974, *Adam*, RDP 1974, p.1780, note M. Waline

[807] حول هذا النوع من الرقابة انظر رقم 59 أعلاه

المبحث الأول: شروط الشرعيّة

703- ليصدر العمل القانوني للإدارة مشروعا لا بدّ له أن يستجيب للقواعد الشكليّة والموضوعية التي تحدّد شروط صدوره، وتتوافق هذه الشروط مع حالات الإلغاء التي تفتح حق القيام بدعوى تجاوز السّلطة وقد تعرّض لها الفصل 7 من قانون المحكمة الإدارية وحدّدها على وجه الحصر في الحالات أساسية التالية :

1) عيب الاختصاص

2) خرق الصيغ الشكلية

3) خرق قاعدة من القواعد القانونية

4) الانحراف بالسّلطة وبالإجراءات

ويمكن اختزال هذه الشروط وإعادة ترتيبها باعتماد معيار ثنائي يؤدي إلى التمييز بين الشّروط الخارجية من جهة، والشروط الداخلية من جهة أخرى، وطبقا لهذا التقسيم الذي يبدو أكثر انسجاما وتماسكا تشمل كتلة الشرعية الخارجية التي تحيط بالأعمال الإدارية قاعدة الاختصاص وقاعدة الشكل والإجراءات[808]، وتحوي كتلة الشرعية الداخلية القواعد المتعلّقة بالموضوع وبالأسباب من جهة وتلك المتعلّقة بالغاية من جهة أخرى[809].

الفـرع الأول : الشروط الخارجية للشرعية

704- وهي ثلاث : شروط من حيث المصدر (الفقرة الأولى)، وشروط من حيث الإجراءات (الفقرة الثانية)، وشروط من حيث الشكل (الفقرة الثالثة)

---

808 CE, 08 février 1950, *Chauvel* , Rec., p.85

809 F. Gazier- *Essai de présentation nouvelle des ouvertures de recours pour excès de pouvoir*, EDCE, 1951,77

الفقرة الأولى : شروط الشرعية من حيث مصدر القرار

705- تعتبر **قاعدة الاختصاص من أهمّ مبادئ الشرعية العامة** إذ أنها تعدّ من متعلّقات النظام العام[810].

وتفيد هذه القاعدة أن الأعمال القانونية للإدارة لا يمكن أن تصدر إلاّ عن السّلطة التي أسند لها القانون اختصاصا صريحا في ذلك أي المؤهلة قانونا للتصرّف في المجال المحدّد لها بمقتضى النصوص.

وتتفرّع قاعدة الاختصاص إلى أربع حالات : الاختصاص الشخصي والاختصاص المادي، والاختصاص الترابي، والاختصاص الزمني

أ- الاختصاص الشخصي

706- المبدأ في مادة الاختصاص هو أن يمارس العون المختصّ اختصاصاته بصفة شخصية، دون إمكانية الامتناع عن ذلك، أو التنازل لفائدة غيره للقيام بذلك، فامتناع سلطة إدارية عن ممارسة اختصاص راجع لها بمقتضى القانون يعدّ وجها من أوجه عيوب الاختصاص[811]، وتنازل اللجنة العلمية القارة المؤهّلة قانونا لتعيين المقرّرين المكلّفين بدراسة ملفّات الترشّح لخطّة أستاذ مساعد في التعليم العالي لفائدة رئيس القسم بالكليّة يعدّ أيضا حالة من حالات عدم الاختصاص[812].

ونظرا لعدم تلاؤم هذا المبدأ مع واقع العمل الإداري، سعت القوانين إلى إقرار بعض الآليّات للتخفيف من حدّة هذه القاعدة، وتتمثّل هذه الآليات في الطرق الثلاث التالية:

---

810 انظر : R. Chapus- *Droit administratif général*, op. cit. n° 1211

811 انظر حول التفويض بصفة عامة:

J.C. Grohens- *la délégation administrative de compétences*, D.1958, Ch, p.197 .

M. Midoun- *la délégation en droit administratif tunisien*, Tunis, CERP, 1979

812 م.إ.، تس.، 11 ديسمبر 1990، عدد 1051، فاطمة بن بشر / الوزير الأول م.، ص 422.

1- التفويض (*la délégation*)

707- وهي الطريقة التي تمثّل **استثناءا للممارسة العادية للاختصاص،** يشترط فيها لتنعقد صحيحة وجود ترخيص في إسناده يتم بمقتضى نصّ صريح يخوّل نقل الاختصاص من السّلطة المفوّضة للسّلطة المفوّض لها، وهذا النصّ يجب ألاّ يقلّ مرتبة عن النص الأصلي المسند للاختصاص. ولا يكفي هذا الشرط حتّى تكون عملية التفويض صحيحة، بل لا بدّ من توافر شرط ثان يتمثّل في تعبير صاحب الاختصاص عن إرادته الصريحة في تفويض ماله من اختصاص إلى السّلطة المفوّض لها[813].

708- وللتفويض وجهان: تفويض السّلطة من جهة، وتفويض الإمضاء من جهة أخرى.

فأمّا **تفويض الإمضاء**، فإنه لا يحدث اضطرابا كبيرا في تنظيم الاختصاص، ذلك أنه ينعقد بصفة شخصية من شخص إلى آخر، ويزول مفعوله بتغيير المراكز القانونية للمعنيين بالشأن، كما لا يفقد صاحب الاختصاص الأصلي الاختصاص الذي سبق له أن فوّض فيه بصدور قرار التفويض.

على أن إمضاء قرار إداري بدون الحصول على تفويض في حق الإمضاء من صاحب الاختصاص الأصلي يصيّر القرار المذكور صادرا عن جهة غير مختصة، وفي هذا المعنى قضت المحكمة الإدارية في قرار (فاطمة بن بشر)، حيث ألغت أمر الانتزاع ممضى من طرف الوزير الأول دون حصول على تفويض في ذلك من رئيس الجمهورية[814].

وأمّا **تفويض السّلطة**، فإنّ له صبغة مجرّدة تؤدي إلى تغيير جوهري في التوزيع العادي للاختصاص، إذ بمجرّد صدور قرار التفويض تفقد السّلطة

---

[813] CE Sect., *Centre national du commerce extérieur,* RDP, 1966, p.765, note M. Waline

[814] م.إ.، تس.، 11 ديسمبر 1990، عدد1051، فاطمة بن بشر/ الوزير الأول سالف الذكر

المفوّضة الاختصاص المفوّض فيه[815]، ولا يمكن لها أن تمارس اختصاصها مجدّدا إلاّ بعد انتهاء التفويض واسترجاع ما كانت قد فوّضت فيه من اختصاص.

ونشير من جهة أخرى إلى أن قرار التفويض- أيّا كان نوعه- يجب أن يكون صريحا ولا ضمنيا، جزئيا ولا مطلقا وإلا كان حريا بالإلغاء[816]، كما يجب أن يكون منشورا حتى يجوز الاحتجاج به.

2- الحلول (*la suppléance*)

709- هي **الطريقة التي تخوّل تعويض سلطة بأخرى في حالات محدّدة،** ويتم ذلك عادة في صورة غياب السّلطة المختصّة، أو حصول مانع يحول دون ممارستها لوظائفها. والأسباب التي تؤدي إلى الحلول متنوّعة، نذكر من بينها المرض أو العطل أو السفر، ولا يتم الحلول إلا بتوفّر شرطين: وجود نص صريح يجيزه ويعيّن السّلطة المدعوّة للحلول من جهة، وتحديد الظرف الذي يتمّ فيه اللّجوء إلى هذه الوسيلة من جهة أخرى، فحلول الوزير الأول محلّ رئيس الجمهورية إذا تعذّر على هذا الأخير " القيام بمهامه بصفة وقتيّة " هو وجه من أوجه الحلول وليس حالة من حالات تفويض السّلطة كما يقتضي ذلك الفصل 56 من الدستور، ويعدّ حلولا أيضا التعويض المؤقّت لرئيس البلدية من قبل المساعد الأول " في صورة تغيّب الرئيس أو إيقافه عن المباشرة أو عزله أو حصول أي مانع آخر" (الفصل 56 من القانون الأساسي للبلديات).

3- التعويض المؤقت (*l'intérim*)

710- وهي الحالة التي يحصل فيها شغور في وظيفة من الوظائف الإدارية يؤدّي إلى تدخّل السّلطة العليا، وذلك بتعيين السّلطة المعوّضة لممارسة اختصاص السّلطة المختصّة بصفة مؤقّتة في انتظار زوال أسباب الشغور، ولا **يشترط في**

---

[815] م.إ.، تس.، 28 ديسمبر 1988، عدد 1189 عبد الستار بن فرج / وزير التعليم العالي ، م.، ص. 100.

[816] CE, 08 février 1950, *Chauvel* précité

التعويض المؤقّت أن يكون مقرّرا في نص[817]، فهو يقوم بصفة عفوية كلّما دعت الحاجة إليه، و مثال ذلك الأمر الرئاسي عدد571 المؤرخ في 19 مارس 2003 المتعلّق بنيابة وزير الدفاع والمتضمّن تعيين وزيرا للدفاع بالنيابة مدّة غياب الوزير المعيّن لهذه الخطّة. بمقتضى الأمر عدد2011 المؤرّخ في 5 سبتمبر 2002 والمتعلّق بتسمية أعضاء الحكومة.

ب- الاختصاص المادي

711- لكلّ سلطة مجالا مخصّصا لها، لا يمكن لها أن تحيد عنه وأن تتعدّى على الاختصاص الذي يعود إلى سلطة أخرى- عليا أودينا، **فالاختصاص المادي يخضع إلى تنظيم تحدّده النصوص القانونية** بحيث تكون القرارات المخالفة لهذا التنظيم متّسمة باللاشرعية.

ويمثّل **اغتصاب السّلطة أخطر مظاهر حالات عدم الاختصاص المادي.**

ويختلف الفقه وفقه القضاء بشأن تحديد حالة اغتصاب السّلطة، غير أن هناك حدّ أدنى من الاتفاق يؤدي إلى اعتبار أن اعتداء الأفراد على اختصاص السلطات الإدارية[818]، واعتداء سلطة دستوريّة على اختصاص سلطة أخرى[819] يعدّ من قبيل عدم الاختصاص الجسيم، فقد اعتبرت المحكمة الإدارية في قرار محمد فرحات أن إعفاء العارض من إدارة شؤون الوقف بمقتضى قرار صادر عن والي الجهة " ينطوي على غصب للسلطة " لأن مثل هذا الاختصاص لا يعود إلى الوالي وإنما إلى اللجنة الجهوية لتصفية الأوقاف وهي هيئة قضائية[820].

[817] حول معيار التمييز بين طرق نقل السّلطة انظر :
R. Chapus- *Droit administratif général*, op.cit, n° 1288-1290

[818] انظر القرار سابق الذكر
CE, Ass., 31 mai 1957, *Rosan-Girard*, GAJA n°. 77

[819] غير أنه لم يعد من الممكن الاستناد في دعاوى الإلغاء لتجاوز السّلطة الموجّهة ضد الأوامر الترتيبيّة المنقحة للقوانين والصادرة بناء على الرأي المطابق للمجلس الدستوري إلى عيب الاختصاص المستمد من تعلّق موضوع الأمر بمجال القانون عملا بأحكام القانون عدد 98 المؤرخ في 25 نوفمبر 2002 المنقّح والمتمّم لقانون المحكمة الإداريّة

[820] م.إ.، تس.، 31 ماي 1990، عدد 1920، محمد فرحات / زغوان سالف الذكر

ويترتّب عن هذا الاعتبار نتائج هامة تتمثّل في تجريد القرار المعيب من كلّ أثر، إذ يعتبر قرارا معدوما كأنه لم يكن، فينحدر إلى منزلة مجرّد الأعمال المادية التي تتولاّها الأفراد[821].

وفيما عدا هذه الصورة الخطيرة تتجسّم حالة عدم الاختصاص المادي في **ممارسة اختصاص بدون سند قانوني**، ومثال ذلك القرار الوزاري القاضي بسحب رخصة فتح قاعة للعرض الفنّي، لأنه لا يدخل في صلاحيات وزير الثقافة اتخاذ مثل هذا القرار[822]، كما تتجسّم أيضا في اعتداء لجنة استشارية على اختصاص سلطة تقريرية، كأن تتخذ لجنة الاحتكام الرياضي قرار يقضي بإبطال نتائج مباراة في كرة القدم والحال أن هذا الاختصاص يعود إلى وزير الشباب والرياضة بمقتضى التشريع الجاري به العمل[823]، وتتجسّم أيضا في حالة اعتداء سلطة عليا على اختصاص سلطة دنيا أو سلطة دنيا على اختصاص سلطة عليا.

ج- الاختصاص الترابي

712- توزّع الاختصاصات بين السّلطات الإدارية على أساس قواعد الاختصاص الترابي التي تقتضي أن **لكل سلطة حدود ترابية معيّنة يجب أن تتقيّد بها عند إصدارها لقراراتها،** فإذا تجاوزت السلطة الإداريّة النطاق المكاني المحدّد لها تكون قراراتها مشوبة بعيب عدم الاختصاص الترابي، وتعتبر هذه الفرضيّة أقلّ حالات عدم الاختصاص حدوثا في مستوى العمل الإداري، حيث تكون كل سلطة حريصة عادة على القيام بمهامها في الحيّز الجغرافي المحدّد لها بمقتضى النصوص.

[821] بخصوص نتائج التصريح بالانعدام راجع 769 رقم وما يتبع أسفله

[822] م.إ.، تس.، 27 جوان 1990، عدد 1574 عبد الرزاق الفهري/ وزير الشؤون الثقافية، م.، ص. 398

[823] م.إ.، تس.، 7 جويلية 1982، عدد 462 النادي الرياضي البنزرتي / لجنة الاحتكام الرياضي، م. ص. 97

د- الاختصاص الزمني

713- يقصد **بعدم الاختصاص الزمني الحالة التي يصدر فيها العمل القانوني للإدارة في وقت يكون مصدره غير مؤهّلا لإصداره.**

ويحدث ذلكَ في حالتين :

- حالة صدور العمل القانوني قبل أن يتقلّد الموظّف مهام منصبه، كأن يصدر قرار عن رئيس جامعة في وقت لم يتّم فيه بعد تقليد هذا الموظف لوظيفته بصفة رسمية، فهذا القرار يكون معيبا بعدم الاختصاص الزمني، وهو الاتّجاه الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة نظره في شرعية قرار صادر عن محافظ إقليم[824].

- وحالة صدور هذا العمل بعد انتهاء الرابطة الوظيفية، سواء بالإحالة على المعاش، أو الفصل عن العمل، أو الاستقالة أو غيرها من الوسائل، في جميع هذه الصور لا يجوز للموظّف أن يصدر أيّ قرار بعد تخلّيه عن الوظيفة[825].

الفقرة الثانية : شروط الشرعية من حيث الإجراءات السابقة للقرار

714- المقصود **بالإجراءات هنا هو الأعمال السّابقة لإصدار القرار،** وهي عديدة ومتنوّعة، نذكر من بينها اشتراط أخذ رأي جهة معيّنة - فردية أو جماعية.

ومن بين هذه الإجراءات أيضا ما هو موجّه لمنظوري الإدارة، حماية لهم وصيانة لحقوقهم من أن تمسّها قرارات إدارية يغلب عليها التسرّع وعدم التبصّر، ومثال ذلك ضرورة دعوة المخالف لسماعه قبل اتّخاذ قرار في الهدم من أجل إقامة بناء بدون رخصة (الفصل 84 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير)، وضرورة احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة في المجال التأديبي[826]، أو التقيّد بإجراءات

[824] CE, Sect., 22 novembre 1973, *Dlle Serre*, A.J.1973, p.487, note H. Maisl

[825] CE, Sect., 22 novembre 1963, *Dalmas de Polignac*, RDP, 1964, p., 692, Concl. J.F. Henry.

[826] م.إ.، تس.، 28 أكتوبر 1985، عدد 982 ، أحمد الزايدي سابق الذكر

التعليق والنشر والاستقصاء عند إعداد أمثلة التهيئة العمرانية (الفصل 16 من المجلة العمرانية).

والأصل أنه لا يشترط في الأعمال القانونية للإدارة إتّباع إجراءات محدّدة ما لم تقرّر النصوص عكس ذلك على وجه الاستثناء.

715- كما أن المبدأ في مجال الإجراءات وفي مجال الصيغ الشكلية بوجه عام أن يقع **التمييز بين الإجراءات الجوهرية والإجراءات غير الجوهرية،** ويتأكد ذلك من خلال الفصل السابع من قانون المحكمة الإدارية الذي لا يرتّب البطلان إلا على مخالفة " الصيغ الشكلية الجوهرية ".

وتعتبر **إجراءات جوهرية تلك التي تمثّل ضمانة أساسية أو التي قد تؤثّر في مضمون القرار،** فقرار إسقاط حق ملكية العارض في عقار فلاحي بدون إنذار صاحبه بضرورة احترام موجبات الفصل 12 من أمر 1 جوان 1970 يعدّ إخلالا جوهريا " ينال مباشرة من صحة القرار الإداري ويبطله"[827]، وعدم استدعاء العون المدان للمثول أمام مجلس التأديب يضفي عدم الشرعية على الإجراءات التأديبية[828].

ونشير من جهة أخرى إلى أن الإجراءات التي لم توجب النصوص مراعاتها، ولم ترتّب البطلان على مخالفتها من جانب الإدارة لا تؤثّر في مشروعية العمل الإداري، فهي من قبيل الإجراءات غير الجوهرية ومثال ذلك الإجراءات المقرّرة لمصلحة الإدارة.

716- ويجوز تغطية إغفال الإجراءات الجوهرية من جانب الإدارة في بعض الحالات الاستثنائية، بحيث تتحوّل الأعمال القانونية للإدارة من مجال عدم الشرعية إلى مجال الشرعية، فتنجو بالتبعية من الإبطال، وتوجد وسيلة أساسية

[827] م.إ.تس.، 9 ديسمبر 1988، عدد 1472، بلقاسم القاسمي / وزير الفلاحة والمالية، أ.ق.ت.، 1-1990 عدد 3، ص. 162

[828] م.إ.تس.، 19 نوفمبر 1980، عدد421، نور الدين الحشيشة / وزير التربية القومية، م.، ص. 395

يمكن عن طريقها تغطية عيب الإجراءات، تتمثّل في الاستحالة المادية التي تحول دون احترام الإجراءات.

والمقصود بالاستحالة المادية، تلك الاستحالة الحقيقية التي يستطيل أمدها لدرجة يتعذّر معها إتمام الإجراء المفروض على السّلطة الإدارية المختصّة، ومثال ذلك عدم سماع دفاع الموظّف المدان بسبب الاستحالة المادية لدعوته للمثول أمام مجلس التأديب، نظرا لعدم تركه لعنوانه، واستحالة الاستدلال على هذا العنوان، أو استحالة جمع أعضاء اللجنة الاستشارية الواجب أخذ رأيها قبل اتّخاذ القرار.

الفقرة الثالثة : شروط الشّرعية من حيث شكل القرار

717- لا يميّز الرأي الغالب في الفقه – اقتداء بموقف الفقيه (*Laferrière*)- بين عيب الشكل وعيب الإجراءات، ومع ذلك تبدو العيوب المتّصلة بالشكل مختلفة جوهريا عن تلك المتعلّقة بالإجراءات ، فخلافا لعيب الإجراءات الذي يخصّ طريقة إعداد العمل الإداري لا يتعلّق عيب الشكل إلاّ بمظهره الخارجي.

وتنحصر الشكليات الأساسية التي يترتّب عن مخالفتها بطلان عمل الإدارة في مدى وجود إمضاء السلطة المختصّة الذي يخوّل مراقبة سلامة قواعد الاختصاص، وفي مدى وجود التأشيرات التي تفرضها القواعد الدستورية أو القانونية، وفي التسبيب إن كانت الإدارة ملزمة بالتسبيب، فعلى مصدر القرار أن يذكر في مطلعه كافة الأسانيد الواقعية والقانونية التي تأسّس عليها القرار المذكور، لأن تلك الأسانيد من شأنها أن تمكّن من تقدير مدى شرعيّته.

وللتمييز بين عيب الإجراءات وعيب الشكل فائدة كبرى في مستوى التطبيق، ذلك أنه لئن كان **الاستيفاء اللاحق للشكل بتصحيح القرار المعيب جائزا قانونا- حتّى بعد الإلغاء القضائي للقرار المذكور- فإن إباحة تصحيح عيوب الإجراءات الجوهرية السّابقة للقرار والتي كانت سببا في إبطاله لا معنى له**، فهي مخالفة للهدف الذي وضعت من أجله الإجراءات – ضمان حقوق الأفراد وحماية المصلحة العامة – كما أنها تمثّل شكلا من أشكال التحايل على القانون.

الفـرع الثـاني : الشروط الداخلية للشرعية

718- وهي ثلاثة : شروط الشرعية من حيث المحتوى (الفقرة الأولى)، شروط الشرعية من حيث الأسباب (الفقرة الثانية)، وشروط الشرعية من حيث الهدف (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى : شروط الشرعية من حيث المحتوى

719- تتوافق هذه الشروط مع حالة الطعن التي تعرف بالمخالفة المباشرة للقاعدة القانونية، وتحدث هذه الصورة عند تجاهل الإدارة للقاعدة القانونية تجاهلا كليا أو جزئيا، وذلك بقيامها بعمل من الأعمال المحرّمة بهذه القاعدة، أو الامتناع عن القيام بعمل تستلزمه، أي أن المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية قد تكون إيجابية أو سلبية.

أ-المخالفة الإيجابية للقاعدة القانونية

720- تحدث هذه المخالفة في حالة **خروج الإدارة على حكم القاعدة القانونية العليا.**

وهذا النوع من المخالفات يكون واضحا في الواقع العملي، ومثال ذلك حالة إصدار قرار يتضمّن أثرا رجعيا ويخالف بذلك مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية[829]، أو حالة خرق مبدأ حجية الشيء المقضي به[830]، أو حالة إصدار منشور ينقض مقتضيات النص الأعلى الذي صدر لتفسيره[831].

ويستوي أن تقع هذه المخالفة المباشرة لقاعدة قانونية مكتوبة، كمخالفة نص دستوري أو قانوني أو ترتيبي، أو أن تطال المخالفة قاعدة قانونية غير مكتوبة، كمخالفة قاعدة فقه قضائية أو مبدأ من المبادئ العامة للقانون.

---

[829] م.إ.، تس.، 5 ماي 1993، عـدد2571، علي شقير/ وزير التربية والعلوم، م.ص. 508

[830] م.إ.، تس.، 28 جانفي 1980، عـدد292، الصادق الجديدي / رئيس الجمهورية، م.ص50: إلغاء أمر الانتزاع الذي صدر بأثر رجعي

[831] م.إ.، تس.، 10 مارس 1999، عدد 1459-14796، محمد البغدادي/ وزير المالية، م.ص. 96.

721- تتمثّل هذه المخالفة في حالة **امتناع الإدارة عن تطبيق القاعدة القانونية أو رفضها تنفيذ ما تفرضه عليها من التزامات**، ويحدث ذلك عادة عندما يلزم القانون الإدارة بالقيام بعمل معين، كما هو الشأن في حالة الاختصاص المقيّد، ومثال ذلك اتّخاذ قرار إحالة الموظّف على التقاعد عند بلوغه السن القانونية للتقاعد[832]، أو رفضها سحب قرار غير شرعي لم يتحصّن بانقضاء آجال الطعن، وأيضا امتناع الإدارة عن التعيين في الوظائف الشاغرة حسب ترتيب نجاح المرشّحين في المناظرة.

وهذه الحالة ليست مقصورة على القرارات الإدارية الانفرادية، بل نجدها أيضا في مجال العقود الإدارية، كأن تخالف الإدارة مقتضيات مجلة الصفقات العمومية بأن تلجأ إلى طريقة التفاوض المباشر عوضا عن طريقة طلب العروض.

الفقرة الثانية : شروط الشرعية من حيث أسباب القرار

722- يمكن تعريف **سبب القرار الإداري** بأنه الحالة القانونية أو الواقعية السابقة للقرار والدّافعة لإصداره، أي **الحالة التي تبرّر اتّخاذه**، فتقديم أحد الأفراد مطلبا للحصول على رخصة بناء يمثّل السبب القانوني الذي يبرّر إسناد أو رفض الترخيص، ووقوع عمليّة غشّ في الامتحان يجسّد الحالة الواقعية التي تدفع بالإدارة إلى اتّخاذ الإجراءات التأديبيّة لردع مثل هذا التصرّف، وهكذا فإنه لا يمكن تصوّر صدور عمل قانوني إداري بدون سبب، فإذا صدر هذا العمل دون أن يستند إلى سبب صحيح، فإنه يكون مخالفا للقاعدة القانونية إمّا لوجود خطأ في أسبابه القانونية، وإمّا لوجود خطأ في التكييف القانوني للوقائع، وإمّا لوجود خطأ في أسبابه الواقعية.

أ- الخطأ في القانون

723- يمثّل السند القانوني لأعمال الإدارة شرطا أساسيا من شروط الشرعيّة، ويتفرّع هذا الشرط إلى حالتين أساسيتين :

[832] م.إ.، تس.، 2 ديسمبر 1980، عدد 365، ابراهيم بنور/ وزير النقل والمواصلات سالف الذكر : إلغاء القاضي بحرمان قابض مالية من منحة خطأ لتأسيسه على منشور مخالف لأمر ترتيبي.

724- تقوم هذه الحالة عند تطبيق الإدارة لقاعدة قانونية لا تنطبق على موضوع القرار، فيكون هناك خطأ " **في الإسناد القانوني**" أو" **انعدام السند القانوني**" (*Erreur ou défaut de base légale*) حسب تعبير المحكمة الإدارية.

ففي قرار (الشابي) ألغت المحكمة الإدارية القرار القاضي برفض الترخيص لشراء عقار على ملك الأجانب على أساس أن الأسباب القانونية التي استندت إليها الإدارة لم تكن قائمة على سند صحيح، "على اعتبار أن السّلطة القضائية هي المختصّة على انفراد بالنظر في صحّة الإجراءات التي توّخاها شاغل المحل للانتفاع بحقّ الأولوية في الشراء من عدمه ولا دخل للإدارة بإجراء مراقبتها عليها"[833].

وفي قرار (الطويهري) ألغت المحكمة القرار التأديبي القاضي بسحب كفاءة مراقب تمهيد في الجولان الجوّي على أساس " أن ما نسب للمدعي من مخالفات مسلكية إنما قد يسوغ مساءلته عنها في نطاق أحكام التأديب المقرّرة بالباب الرابع من قانون التوظيف عـــ38/122دد المؤرخ في 12 ديسمبر 1983 ممّا يجعل القرار لا يقوم على أساس سليم من القانون"[834].

725- ويجدر الذكر أن الخطأ في الإسناد القانوني هو من الأخطاء التي يمكن استدراكها، إذ يجوز للقاضي الإداري **استبدال الأسباب** (*substitution de motifs*) كلّما تبيّن أنه كان بإمكان الإدارة تأسيس قرارها المعيب على سند قانوني آخر سليم؛ في هذه الحالة يحقّ للقاضي الإداري تصحيح الوضع باستبدال الأسباب المعيبة بأسباب سليمة من الناحية القانونية [835].

[833] م.إ.، تس.، 12 مارس 1991، عدد 2098، محمد الحمامي/ الوزير الأول م.، ص. 43

[834] م.إ.، تس.، 26 جانفي 1990، عدد1891، محمد الهادي الطويهري / وزير النقـل، م.، ص. 294

[835] م.إ.، تس، 14 أفريل 1981، عدد407، صالح العربي / وزير التخطيط والماليـة، م.، ص. 199

2- الخطأ في تفسير القاعدة القانونية

726- يحدث **الخطأ في تفسير القاعدة القانونية** لما تقوم الإدارة – وهي على بينة من القاعدة العليا – **بربط قرارها بهذه القاعدة القائمة والجائزة، ولكن مع إعطائها تفسيرا غير الذي أراده لها مصدرها**، في هذه الحالة يجوز للقاضي الإداري إبطال القرار المعيب لاتّسامه بخطأ في تفسير القانون، ففي قرار (*Barel*) اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مبدأ المساواة في الدخول إلى الوظيفة العمومية لا يخوّل للإدارة التمييز بين المرشّحين على أساس أفكارهم وانتماءاتهم السياسية، وذلك خلافا لما ذهبت إليه الإدارة من تفسير لهذا المبدأ[836].

وفي قرار (زبيدة بشير السوفي) اعتبرت المحكمة الإداريّة أن الإدارة قد أعطت تفسيرا خاطئا لمنطوق نص ترتيبي يتعلّق بتطبيق نظام الضمان الاجتماعي لفائدة موظفي الدولة ضرورة أن الصندوق القومي للتقاعد والحيطة الاجتماعية " لمّا رفض تحمّل مصاريف فحوص العارضة بالخارج قد أساء تطبيق القرار المذكور"[837].

ب- الخطأ في الوقائع

727- لا ينشأ العمل الإداري من العدم، بل لا بدّ له أن يستجيب للظروف التي كانت وراء صدوره، على أن الاعتقاد كان سائدا في البداية بأن القاضي الإداري إنما هو حارس الشرعيّة، وأنه لا يدخل في اختصاصه النظر في الوقائع التي تبقى من الملائمات المتروكة للإدارة، ولكن سرعان ما تبيّن أن الوقائع غير منفصلة عن القانون باعتبار أنها تمثّل بمثابة "السوابق" للأعمال الإدارية.

فلم يكن بدّ من تسليط أضواء المشروعية عليها، وفي هذا الاتجاه سارت المحكمة الإدارية اقتداء بفقه القضاء الفرنسي، وقد اتّخذ عملها شكلين متكاملين: رقابة على الوصف القانوني للوقائع ورقابة على وجودها المادي

[836] CE, 28 mai 1954, *Barel*, GAJA, n° 72

[837] م.إ.، تس.، 15 جويلية 1980، عـدد326، زبيدة بشير السوفي/ الرئيس المدير العام للصندوق القومي للتقاعد والحيطة الاجتماعية، أ. ك. رقم 11، ص. 165

1- الخطأ في الوصف القانوني للوقائع

728- شرع القاضي الإداري في مباشرة هذا النوع من الرقابة بصفة متأخرة نسبيا وبكثير من الحذر انطلاقا من قرار(*Gomel*)[838] لما تبين أنه لا يمكن التأكد من شرعية الأعمال الإدارية دون التثبت من صحّة الوصف القانوني للوقائع، ولا يتجرأ القاضي الإداري على ممارسة هذا النوع من الرقابة إلا إذا كانت النصوص المنظمة لأعمال الإدارة لا تترك لها أية حرية في التقدير، أي إذا كانت الإدارة في حالة **اختصاص مقيّد**، أما إذا كانت النصوص تمنحها **سلطة واسعة في التقدير**، نراه يرفض إجراء هذا النوع من الرقابة تجنّبا من الحلول محلّ الإدارة في تقديرها للوقائع، ولا يزول هذا التحفّظ إلا إذا اكتشف عند مراقبته للسلطة التقديرية **خطأ فادحا في التقدير**[839].

وقد سلكت المحكمة الإدارية نفس المنهج منذ بداية عهدها، وقد كان ذلك بمناسبة نظرها في شرعية قرار رفض مطلب إحالة معلّم تطبيق على التقاعد حيث وجدت نفسها مضطرة إلى التثبت في مدلول حالة " **الوظائف المرهقة** " الذي أعطته الإدارة على الحالة موضوع النزاع بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 28 من قانون 24 سبتمبر 1985 المتعلّق بنظام التقاعد في الوظيفة العمومية، فهذه الحالة تفتح أمام العون العمومي الحقّ في الحصول على حقوق التقاعد كاملة بالرغم من عدم بلوغه السنّ القانونية المحدّدة ب (60) سنة، ولكن بشرط بلوغه سن (55) سنة وقضائه (35) عاما في الخدمة الفعلية، وقد انتهت المحكمة إلى اعتبار أن الوصف القانوني الذي أعطته الإدارة للوظائف المرهقة غير سليم، ذلك أنه ولئن كان العارض في تاريخ الطعن يشغل خطة مدير مدرسة ابتدائية، فإن رتبته كانت رتبة

[838] CE, 04 avril 1914, *Gomel*, GAJA, n° 29

[839] حول التمييز بين الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية ومدى اتساع رقابة القاضي الإداري في كلتا الحالتين انظر رقم 740 إلى 742 و ما يتبع أسفله

معلم تطبيق وهو ما يجعله محقّا بالانتفاع بنظام التقاعد المبكّر متى توفرت فيه الشروط القانونية لهذا النظام[840].

2- الخطأ في الوجود المادي للوقائع

729- ليكون القرار الإداري مطابقا للشرعيّة لا يكفي قيام الوصف القانوني المناسب للوقائع بل **لا بدّ أن يكون لها أصل ثابت على أرض الواقع**، إذ لا يمكن أن نتصوّر قيام رقابة على التكييف القانوني للوقائع دون إجراء رقابة على صحّتها المادية، لذا سعى القاضي الإداري منذ البداية إلى بسط رقابته على الوجود المادي للوقائع باعتبارها شرطا من شروط الشرعية، وقد مثّل قرار (*Camino*) الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي سنة 1916 في هذا الشأن نقـطة تحوّل في موقف القضاء الإداري[841]، وقد سارت المحكمة الإدارية على هذا المنهج، فراقبت منذ إنشائها **الوجود المادي للوقائع**[842]، وقد اتّخذ عملها في مستوى التطبيق شكلين أساسيين:

730- شكل أول يتعلّق بالرقابة على **صحّة الأسباب الواقعية للقرار**، ومثال ذلك عند استناد الإدارة في أعمالها إلى وقائع لا وجود لها على أرض الواقع أو غير ثابتة، كقرار العزل الصادر بناء على امتناع الممرّضة من إسعاف أحد المرضى بالمستوصف واستيلائها على كمّية من الدواء واعتدائها بالعنف على أحد زملائها والحال" أن لا شيء بأوراق القضية يقوم دليلا ماديا على توفّر الأخطاء المنسوبة " [843].

[840] م.إ.، تس.، 20 فيفري 1991، عـدد 1838، عبد الحميد المحجوب / وزير التربية القومية، م.، ص. 35

[841] CE, 14 janvier 1916, *Camino*, GAJA, n° 30

[842] م.إ.، تس.، 29 أفريل 1988، عدد 1299 ، محمد بن صالح بوزيدي / وزير المواصلات، أ.ق.ت.، 1-1990 عدد 3، ص. 155: تكون الإدارة مقيّدة بالوقائع المادية التي انبنت عليها التتبعات إن كانت محلّ نظر أمام القاضي الجزائي

[843] م.إ.، تس.، 8 نوفمبر 1978، عدد 313، فتحية مصباح / وزير الصحة العمومية، م. ص. 32.

731- شكل ثان يتعلّق بالرقابة على **الشرط الواقعي الذي يقتضيه المشرّع** تؤدي إلى التثبت في مدى توفّر الحالة الواقعية التي جعل منها المشرّع شرطا من شروط الشرعيّة، فعندما ينص قانون الوظيفة العمومية أنه يجوز إحالة الأعوان العموميين على التقاعد الوجوبي في حالة **القصور المهني**، يكون القاضي الإداري مدعوا للتثبت في مدى توفّر هذه الحالة الواقعية في صورة استناد الإدارة إليها لتبرير أعمالها، وذلك على اعتبار أنها تمثل شرطا من شروط الشرعيّة[844].

وأيا كان الشأن، فإن هذا النوع من الرقابة يكتسي صبغة مطلقة إذ يمارس حتى في صورة رفض السّلطة المختصّة الإفصاح عن الأسباب الواقعيّة لأعمالها ومهما كان مدى السلطة الراجعة للإدارة.

الفقرة الثالثة : شروط الشرعية من حيث الغاية

732- إن تقدير الغاية من الأعمال الإدارية يؤدي إلى **البحث عن الدوافع التي حملت السّلطة الإدارية إلى القيام بها**، أي وبعبارة أخرى إلى البحث عن نوايا الإدارة، فالسّلطات والامتيازات التي ترجع للإدارة لم تسند لها إلا باعتبارها وسائل من شأنها أن تساعدها على تحقيق الغاية الأساسية التي تسعى إليها ألا وهي المصلحة العامة.

على هذا الأســاس **يجب ألاّ تحيد أعمــال الإدارة عن هــذا الهــدف العــام**، فإذا استهدفت تحقيق غايــة أخرى أجنبيــة عن غايتها الأولى فإن هــذه الأعمال تكون متّســمة "**بانحــراف بالسّلــطة أو بالإجراءات** " (*Détournement de pouvoir ou de procédure*).

733- وجدير بالإشارة أنه لا يوجد على المستوى العملي اختلاف جوهري بين هاتين الوسيلتين التي أقرّهما المشرّع التونسي في قانون المحكمة الإدارية

[844] م.إ.، تس.، 14 ماي 1980، عدد 361، أحمد القروي / وزير التربية القومية، م.، ص. 175: إلغاء قرار إحالة معلم تطبيق على التقاعد الوجوبي وقع اتخاذه بناء على " طرقه العتيقة في التدريس وعدم قدرته على التلاؤم مع الأساليب العصريّة " بعد أن تبين من خلال أعمال التحقيق أن حالة القصور المهني لا أساس لها على أرض الواقع.

اقتداء بالتجربة القضائية الفرنسية، فالانحراف بالسّلطة والانحراف بالإجراءات هما وجهان لحقيقة واحدة، فكلاهما يتعلّق بمقاصد السّلطة الإدارية، وهو ما يكفي إلى تمييز هذا العيب عن بقيّة العيوب التي يمكن أن تتعلّق بأعمال الإدارة.

734- وفي الحقيقة فإن الرقابة التي تمارس على هذا الركن الذاتي من أركان القرار الإداري تمثّل وسيلة للتصدّي إلى لجوء الإدارة إلى وسائل سوء النية عند إصدارها لقراراتها وذلك بتعمّدها قصدا الانحراف بالسّلطة لغاية تحقيق أغراض غير التي قصدها الشارع عند منحها تلك السّلطة، فهي تمثّل بالتالي **رقابة على الأخلاق الإدارية** (*Contrôle de la moralité administrative*) حسب تعبير الفقيه *Hauriou*.

وتتّخذ حالة الانحراف بالسّلطة بالرغم من صعوبة إثباتها – صورا شتّى – يمكن أن نذكر من بينها استهداف مصلحة شخصية أو سياسية، ومخالفة قاعدة تخصيص الأهداف.

1 – استهداف مصلحة شخصية

735- وهو **الوجه البدائي والمؤسف من حالة الانحراف بالسّلطة**، ويوفّر فقه القضاء الإداري أمثلة متزايدة عن مثل هذا التصرّف.

ففي قرار صادر بتاريخ 15 نوفمبر 1982 قضت المحكمة الإدارية بإلغاء أمر انتزاع بعد أن تبين من خلال أوراق الملف أن هذا الأمر قد وقع اتّخاذه بعد إسناد قطعة الأرض إلى أحد المواطنين لتوسيع محل سكناه، وعدول البلدية عن جعلها طريقا عاما، وذلك بعد صدور حكم من محكمة ناحية تونس يقضي بكف شغب كل من المواطن المنتفع بالأرض وبلدية المرسى على قطعة الأرض المذكورة لفائدة المدعي...، "وأن الأمر المنتقد وقع اتّخاذه لا لتحقيق مصلحة عمومية في إحداث طرقات كما ورد به ولكنه جاء لتحقيق مصلحة خاصة حصلت قبل صدوره وبذلك يكون قد حاد عن هدفه..." [845].

[845] م.إ.تس.، 15 نوفمبر 1982، عدد 413، التجمع العقاري التونسي / الوزير الأول، م.، ص.، 106

وقد تسنى للمحكمة إيضاح معنى الانحراف، فاعتبرت أن هذا العيب " يتمثّل في مبادرة السّلطة الإدارية قصديا باستخدام السّلطات الراجعة لها قانونا في سبيل خدمة هدف غريب عن الهدف الذي من أجله وقع منحها تلك السّلطة. ويتمثّل في مجموعة مؤشّرات كالوقائع والأعمال القانونية والقرارات المترابطة منطقا والمتواترة زمنا والتي من شأنها الدلالة على الانحراف" وانتهت إلى إلغاء مداولة المجلس البلدي المتضمّنة مراجعة مثال التهيئة العمرانيّة في اتّجاه التخفيف من قواعد وارتفاقات البناء خدمة لمصلحة عضو في المجلس[846].

2 – استهداف مصلحة سياسية

736- إذا صدر القرار الإداري لتحقيق **أغراضا سياسية** بدلا عن استهدافه المصلحة العامة يكون غير مشروعا، ومشوبا بعيب الانحراف بالسّلطة، وقد شرع القاضي الإداري في بسط رقابته على مثل هذه الأعمال منذ السنوات الأولى لما قضى بإلغاء قرار نقلة وجوبية كان يخفي في الحقيقة عقوبة مقنعة " ابتغى مصدره إبعاد الموظف عن دائرة عمله بصفاقس دون سلوك الأصول الإدارية المألوفة "[847] لكون الموظّف المدان من أجل خيانة الثقة والتحريض على الإضراب من النقابيين الناشطين الذين شاركوا في تنظيم الإضراب العام الذي تسبب في الأحداث الدامية ليوم 26 جانفي 1978، كما قضت المحكمة الإدارية بقيام هذا الانحراف في جانب الإدارة في قرار والي تونس الذي رفض منح العارض بطاقة مهنية لتعاطي مهنة وكيل عقاري. وقد اعتبرت المحكمة " أن اتّخاذ القرار المطعون فيه على السبب الذي سبق ذكره لا يتعلّق بمعطيات موضوعية لها صلة بمدى تأهّل العارض لنيل البطاقة المطلوبة أو بموانع قانونية منصوص عليها حصرا بالفصل 3 من القانون عـــدد55 لسنة 1981 السابق ذكره، بل ارتكز على شبهة حول أفكاره وانتماءاته

[846] م.إ.تس.، 25 أكتوبر 2002، عدد 19531، حسن إدريس وبوراوي التركي/ رئيس بلدية سوسة، غير منشور

[847] م.إ.، تس.،7 جويلية 1981، عدد 364، عجرود / وزير النقل والمواصلات، أ. ك.، رقم 14، ص.

السياسية... وترتيبا على ما سبق يكون القرار المنتقد الذي استند إلى الانتماءات السياسية للمدعي، قد جاء... متّسما بالانحراف بالسّلطة"[848].

3- مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف

737- إن الغاية منّ الأعمال القانونية للإدارة هي بالدرجة الأولى المصلحة العامة.

بيد أن **المشرّع قد يحدّد للإدارة هدفا خاصا يتعيّن عليها استهدافه**، بحيث تصبح أعمالها معيبة إذا خالفت هذا الهدف، حتى وإن تذرّعت باستهداف المصلحة العامة، ففي مجال الضبط الإداري مثلا يجب على الإدارة أن تبقى في حدود الهدف المحدّد لها بمقتضى القانون، وهو المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة : الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة[849]، فإذا جانبت هذا الهدف واستندت في قرارها القاضي بمصادرة إحدى الصّحف إلى صلاحيات الضابطة العدلية عوضا عن صلاحيات الضبط الإداري التي تفرضها ظروف الحال، فإنها تكون قد خالفت قاعدة تخصيص الأهداف وهو ما يجعل قرارها متّسما بانحراف في الإجراءات[850].

ويحدث أيضا أن تنحرف الإدارة في استعمال سلطاتها بأن تسعى لتحقيق مصلحة مالية، ومثال ذلك قرار السّلطة المحلية القاضي بغلق محل تجاري كائن بالسوق البلدي بدعوى المحافظة على الصحة العموميّة حال أن هذا القرار كان يهدف في الحقيقة إلى استرجاع المحل المذكور قصد تسويغه إلى الغير لتحقيق منفعة مالية[851].

---

[848] م.إ.، تس.، 15 جوان 2002، عدد 19411، الحبيب السلامي / والي تونس، غير منشور

[849] حول الضبط الإداري انظر الباب الأول من الجزء الثالث أسفله

[850] CE, Ass, 24 juin 1960, *Société Frampar*, GAJA, n° 80

[851] م.إ.، اب.، تس.، 20 أكتوبر 2001، عدد 17898، محجوب / بلدية شربان، غير منشور

المبحث الثاني: امتداد الشرعية

738- **تتغيّر مقتضيات الشرعيّة القانونية بتغيّر ظروف العمل الإداري**، ففي **الظروف العادية** تكون السّلطة الإدارية ملزمة باحترام مبدأ الشرعية بدون قيد أو شرط، وفي **الظروف الاستثنائيّة** التي تستوجب اتخاذ التدابير المناسبة لمجابهة حالة غير عادية تتغيّر مقتضيات الشرعية في اتجاه التخفيف.

الفرع الأول : الشرعية العادية

739- لئن كان خضوع الإدارة إلى القانون مطلقا من حيث المبدأ فإن مقتضيات العمل الإداري قد تؤدي إلى تأقلم الوسائل الراجعة للإدارة مع ظروف الأمر الواقع، وبالتالي تتغيّر مقتضيات الشرعية في الظروف العادية بقدر ما يفرضه القانون على الإدارة من التزامات، وتختلف بالتالي طرق الرقابة التي تمارس على الأعمال الإداريّة باختلاف حدّة مقتضيات الشرعية.

لذا سوف يدور البحث هنا في فقرتين: الاختصاص المقيّد والسّلطة التقديرية (الفقرة الأولى)، والرقابة العادية والرقابة الدنيا (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : الاختصاص المقيّد والسّلطة التقديرية

740- تكون الإدارة في حالة **اختصاص مقيّد** (*Compétence liée*) كلّما كانت **ملزمة بالقيام بعمل قانوني معيّن، وبالقيام به في اتجاه معيّن، دون إمكانية الاختيار**، والأمر يكون على هذا النحو مثلا في صورة ترقية الموظف بالأقدميّة أو في صورة إحالة الموظف على التقاعد عند بلوغه السنّ القانونية، أو عندما تكون الإدارة ملزمة بسحب قرار إداري غير شرعي لم يتحصّن بفوات آجال الطعن.

741- وتكون الإدارة في حالة **سلطة تقديرية** (*pouvoir discrétionnaire*) كلّما كانت **تتمتّع بحرّية في التقدير تخوّل لها أن تقرّر إمّا القيام بعمل قانوني**

معيّن، وإمّا أن تمتنع عن ذلك، وأن تتّخذ القرار المناسب إذا ما قرّرت التدخّل[852].
وتتجلّى مظاهر السّلطة التقديرية على وجه الخصوص عند ممارسة السّلطة الترتيبية، فالقوانين تترك عادة للسّلطة المختصّة في هذه الحالة حرّية الاختيار في هذا الاتجاه أو ذاك: و يكون الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الترقيات بالاختيار في الوظيفة العمومية، وهي الطريقة المشار إليها بالفصل 28 من قانون الوظيفة العمومية التي تتّخذ في مستوى العمل الإداري أشكالا متنوّعة تراعى فيها عند إصدار النصوص الترتيبية المنظمة لمناظرات الانتداب خصوصيات مختلف فئات أعوان الإدارة.

ونجد أيضا مظاهر عديدة للسلطة التقديرية في مجال القرارات الفردية وخاصة في المجال التأديبي، حيث تبقى الإدارة حرّة في تقرير التتبع ضد العون المخالف أو في عدم تقريره، وإذا ما قرّرت التتبّع أن تحدّد العقوبة الملائمة للأفعال المنسوبة للعون المدان من بين مختلف العقوبات التي يوفّرها لها النص التأديبي.

وفي الحقيقة **ليس هنــاك اختصاص مــقيّد أو سلــطة تقديرية مطلقة،** فالإدارة تملك – حتى عندما تكون في حالة الاختصاص المقيّد – حرّية اختيار الوقت المناسب للقيام بأعمالها، وهــذا الخيار يعرف "بخيار الآونة" حســب تعبير الفقيه (*Hauriou*).

742– كما أن **السّلطة التقديرية لا تعني السّلطة التعسفيّة،** إذ – أيا كانت الحرّية التي تعود للإدارة عند قيامها بأعمالها القانونية – فإنه لا يمكن لها الإتيان إلا بالأعمال التي يجيزها القانون، ففي الميادين التي تخضع للسلطة التقديرية يمكن أن نلاحظ أن كافة الخيارات المتوفّرة للإدارة تجد أساسها في القانون، والاعتراف لها بهذه الخيارات يكون نتيجة مقتضيات العمل الإداري ذلك أنه لا يعقل أن تفرض عليها تصرّفات آلية في مجالات تكون فيها وسائل التدخّل عديدة ومتنوّعة، بما يخوّل للسلطة المختصّة اختيار الإجراء الملائم، فالسّلطة التقديرية لا تعني إذن

852 انظر G. Lino di Qual- *la compétence liée*, LGDJ, 1964

التحرّر من مبدأ الشرعية وإنما فقط تليين هذا المبدأ تماشيا مع مقتضيات العمل الإداري؛ تقول المحكمة الإدارية في هذا الشأن: " لئن كانت الإدارة تتمتّع بسلطة تقديريّة تخوّل لها رفض تسليم جواز السفر إلى طالبه بناء على توفّر الاستثناء الوارد بالفصل 13 من قانون عدد 40 المؤرخ في 13 ماي 1975 فإن هذه السلطة لا تعني السلطة المعفاة من كلّ رقابة ضرورة أن القول بخلاف ذلك يجعل منها سلطة مطلقة ويؤول إلى إعفاء الأعمال الإداريّة من الخضوع إلى مبدأ الشرعيّة "[853]، وعموما يمكن القول إن التمييز بين الاختصاص المقيّد والسّلطة التقديرية له تأثير مباشر على طبيعة الرقابة التي تمارس على أعمال الإدارة، فالرقابة تكون عادية في حالة الاختصاص المقيّد وتكون دنيا في حالة السّلطة التقديرية.

الفقرة الثانية : الرقابة العادية والرقابة الدنيا

743– لا تكتسي الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على أعمال الإدارة نفس الحدّة في المجالات الخاضعة للاختصاص المقيّد أو في تلك المتّصلة بالسّلطة التقديريّة[854].

ففي مجال **الاختصاص المقيّد** يمارس القاضي الإداري على أعمال الإدارة **رقابة عادية،** وهي الرقابة التي تشمل العناصر التالية:

– رقابة الشرعية الخارجية (عيب الاختصاص، وعيب الإجراءات السابقة على اتّخاذ القرار، وعيب الشكل الخارجي للقرار).

853 م.إ.، 28 ماي 2007، عدد 1/11834، زينة الجبالي / وزير الداخلية والتربية المحلية، غير منشور

854 حول هذه المسألة انظر :
R. Chapus- *Droit administratif général*, op.cit n° 1248 et suiv.
J.Rivero et J.Waline- *Droit administratif*, op.cit, n° 265
Y.Ben Achour-*Droit administratif*, n°612 et suiv.
وتوفيق بوعشبة– مبادئ القانون الإداري التونسي، المرجع السابق، ص 570

- رقابة الشرعية الداخلية (عيب المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية، الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية وفي تفسيرها، الخطأ في التكييف القانوني للوقائع، الخطأ في الوجود المادي للوقائع، الانحراف بالسّلطة والإجراءات).

744- وأمّا **الرقابة الدنيا التي تمارس على السلطة التقديريّة** فهي درجة من الرقابة تكون أقلّ امتدادا من تلك التي تمارس على مختلف الأعمال القانونية في الحالة العاديّة، تقف - بمناسبة البحث في شرعية الأسباب الواقعية للقرار المنتقد - عند التحقّق من مدى وجودها المادي دون أن تمتدّ إلى وصفها القانوني. وقد عبّرت المحكمة الإدارية صراحة عن ذلك منذ قراراتها الأولى، حيث جاء في حكم (عباس الغربي) المتعلّق بمراقبة الأعداد الصناعية المسندة للأعوان العموميين " أن الإدارة قدّمت الأسباب التي انبنى عليها رأيها في ضبط العدد موضوع النزاع، وقد تمكّنت المحكمة عندئذ من إجراء رقابتها الدنيا الواقفة عند صحّة الوقائع ووصفها وإجراءاتها من الوجهة القانونية"[855].

745- ويتبيّن من خلال هذه الحيثية أن القاضي الإداري لا يرفض مبدئيا مراقبة الوصف القانوني للوقائع في حالة السلطة التقديريّة، ولكنّه يراقبها بطريقة خاصة تختلف عن تلك التي تمارس في نطاق الرقابة العادية، ويتمثّل هذا النوع من الرقابة في آليّة جديدة وضعها القاضي الإداري الفرنسي و تبنّتها المحكمة الإدارية لغاية الحدّ من تعسّف الإدارة عند استعمالها لسلطتها التقديرية، وهذه الآلية القضائية تعرف **بالخطأ الفادح في التقدير**(*l'erreur manifeste d' appréciation*)[856].

[855] م.إ.، تس، 8 فيفري 1978، عدد 86، عباس الغربي/وزير الشباب والرياضة، م.ص.20.
[856] حول الخطأ الفادح في التقدير ورقابة التناسب، راجع :
B. Kornbrost- *l'erreur manifeste*, D.1965, chr. p.121
Rouvière- *Réflexions sur l'erreur manifeste d'appréciation*, EDCE, 1988, p.65
G. Braibant- *le principe de proportionnalité*, Mél. Waline, p.297
هشام طالب- مراقبة قاضي تجاوز السّلطة التقديرية للإدارة، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1995

ويعني الخطأ الفادح في التقدير أنه إذا اتّخذت الإدارة قرارا لا يتلاءم بصفة واضحة وجليّة مع الظروف الواقعية التي كانت وراء صدوره يجوز للقاضي الإداري التصريح بعدم شرعيته. تقول المحكمة الإدارية في هذا الشأن : "حيث أن الإدارة باستنادها إلى عدد تقييمي لا يعتمد إلا الأسباب المسلكيّة، ويهمل القيمة الصناعية للمدّعي.. قد ارتكبت **خطأ فادحا في التقدير** يبرّر إلغاء قرارها المخدوش فيه"[857].

746- وتتّخذ هذه الرقابة أهمية بالغة في عمل القاضي الإداري، إذ أمكن لهذا الأخير بفضلها التدخّل في مجالات كانت متروكة إلى وقت قريب إلى التقدير المطلق للسّلطات الإدارية، ومن ثمّ إلى بسط **رقابة تناسب أو تلاؤم** (*Contrôle de proportionnalité*) ساهمت بدرجة كبيرة في الحدّ من السّلطة التقديرية للإدارة، ومنعها من التعسّف على حساب حقوق الأفراد، ونجد في مجال التأديب والانتداب والترقية في الوظيفة العمومية، وكذلك في ميادين الضبط الإداري والتعمير أبرز تطبيقات لهذه الآلية الجريئة من آليات الرقابة.

747- ويلاحظ في هذا السياق أن مجلس الدولة الفرنسي قد قام بتطوير وتعميق هذا النوع من الرقابة في فقه قضائه المعروف بقضاء " **الموازنة بين الكلفة والمنافع**" (*Bilan coûts-avantages*)، حيث أصبح لا يتردّد في إجراء مقارنة بين الفوائد الناجمة عن العمل الإداري محل الرقابة وكلفته المالية والاجتماعية[858]، وهو موقف على غاية من الجرأة، قد يؤدي إلى استبدال تقدير القاضي لتقدير الإدارة، في هذه الحالة يخشى أن يحلّ القاضي الإداري محلّ الإدارة العاملة، وأن تتحوّل الرقابة التي يسلّطها على الأعمال الإدارية من رقابة شرعيّة إلى رقابة ملائمة.

وننبّه أخيرا إلى وجود فئة من الأعمال تعرف **بالأعمال المركّبة** بحكم أنها تدخل في عملية تتكوّن من مجموعة من القرارات المرتبطة بعضها ببعض بشكل

[857] م.إ.تس.، 19 ماي 1993، عدد 2730، بن زايد / وزير الترتيبة والعلوم، غير منشور
[858] CE, 28 mars 1971, *Ville Nouvelle Est*, GAJA, n° 88

لا يمكن تخطي مرحلة دون استيفاء السابقة ، ومثال ذلك عمليّة الانتزاع من أجل المصلحة العامة، أو مناظرات الانتداب في الوظيفة العمومية، أو العمليّة التأديبيّة، فهل يقع إخضاع كافة القرارات المكوّنة لمثل هذه الأعمال إلى نفس الرقابة ؟ أم هل يجب إخضاع البعض منها إلى الرقابة العادية والآخر إلى الرقابة الدنيا ؟ يعتمد القضاء الإداري هنا حلّ الفصل بين مختلف القرارات التي تتكوّن منها العمليّة المركّبة، فيعتبر أن طبيعة القرار هي التي تحدّد نوع الرقابة[859]، ففي مجال مناظرات الانتداب مثلا يخضع قرار فتح المناظرة إلى الرقابة العادية في حين أن قرار تقييم المستوى العلمي للمرشّحين يعتبر من الأعمال التي لا تخضع إلا للرقابة الدنيا.

الفرع الثاني : الشرعيّة الاستثنائية

748- يفيد التاريخ البعيد والقريب أن المجتمعات لا تكون في مأمن من الحروب والانتفاضات والثورات والاضطرابات التي تهدّد السير الطبيعي لدواليب الدولة، وبما أن القوانين قد وضعت أساسا لتنظيم العلاقات داخل المجتمع في الظروف العادية فإنها غالبا ما تكون غير متماشية مع الظروف غير الاعتيادية، لذا يكون من الطبيعي أن تتحرّر الإدارة في هذه الحالة من قيود الشرعية العادية.

ولكن، حتّى لا تتستّر الإدارة وراء هذه الظروف لتتخلّص تماما من مقتضيات الشرعيّة وضع القاضي الإداري نظرية تعرف **بنظرية الظروف الاستثنائية**[860].

الفقرة الأولى : تحديد الظروف الاستثنائية

749- أقرت المحكمة الإداريّة منذ البداية نظرية الظروف الاستثنائية معتبرة إياها " **ضرورة واقعيّة وحتميّة موضوعيّة** تسهر الإدارة تحت ظلّها على

[859] R. Chapus- *Droit administratif général*, op.cit n° 1255

[860] انظر: A. Mathiot- *La théorie des circonstances exceptionnelles*, Mél. Mestre, p.413

تسيير الشؤون العامة ولو **بطرق ووسائل منافية للتراتيب القانونيّة لكن بدون أن تخلع عنها ثوب الشرعيّة** "[861]، ولكنها لم تعط تعريفا دقيقا لهذا المفهوم الذي يصعب حصره في الحقيقة لأن الأمر يتعلّق في الواقع بمسألة ظرفية تختلف باختلاف مقتضيات الحال، لذا يكون من الأفضل أن نحاول تمييز نظريّة الظروف الاستثنائية عن المفاهيم المجاورة قبل أن نتولّى بيان شروط تطبيقها.

أ- نظرية الظروف الاستثنائية والمفاهيم المجاورة

750- توجد في القانون الإداري حالات خاصة تخوّل للإدارة التوسّع في مشمولاتها دون أن تكون خاضعة لشروط الشرعية العادية، ويمكن ردّ هذه الحالات إلى نفس الفكرة التي تقوم عليها نظرية الظروف الاستثنائية، ألا وهي تمكين الإدارة من الوسائل الكفيلة بالحفاظ على أمن البلاد واستقرارها مهما اختلفت الظروف، ويمكن تقسيم هذه الحالات الخاصة إلى قسمين: حالة التأكد من جهة، وسلطات الأزمة من جهة لأخرى

1 - الظروف الاستثنائية والتأكّد

751- يجيز **التأكّد** خروج الإدارة عن شروط الشرعية الاعتيادية[862]، من هذه الزاوية يقترب مفهوم التأكد من مفهوم الظروف الاستثنائية، فالإدارة تكون في حاجة إلى اتّخاذ تدابير عاجلة حتى في الظروف العادية. والأمثلة على ذلك متعدّدة، ففي مجال حماية المحيط ينصّ الفصل الخامس من القانون عـدد41 المؤرخ في 10 جوان 1996 المتعلق بالنفايات أنه " إذا كان التلوّث يكتسي خطورة تستوجب التدخّل العاجل... تقوم السّلطة المختصّة بإزالة الملوّثات بدون تنبيه ولا أجل"، وفي مجال تنفيذ القرارات الإدارية يبرّر التأكد لجوء الإدارة إلى التنفيذ الجبري لحمل منظوريها على الامتثال[863].

[861] م.إ.، تس، 15 جويلية 1977، عدد 105، المختار الطريفي/وزير التربية القومية، أ. ك.، رقم 4، ص.63.

[862] P.L.Frier- *L'urgence*, LGDJ, 1987

[863] حول التنفيذ الجبري، انظر: فدوى المصمودي- التنفيذ الجبري للقرارات الإدارية...، المرجع السابق ذكره

وفي مجال الصفقات العمومية يخوّل الفصل 39 من مجلّة الصفقات العموميّة للمشتري العمومي " في حالة التأكّد بالنسبة للطلبات التي يجب إنجازها عوضا عن صاحب الصفقة الذي لم يف بالتزاماته" أن يختار المعوّض عن طريق التفاوض المباشر عوضا عن طريقة طلب العروض التي يقع اللجوء إليها في الظروف الاعتيادية.

ولكن، أيا اتّسعت سلطات الإدارة في حالة التأكّد فإنها تبقى دائما أقلّ امتداد ممّا هي عليه في حالة ظروف الأزمة، فالتأكّد لا يكفي وحده لتمكين الإدارة من الخروج عن حدود اختصاصها، عكس ما هو الشأن في حالات الأزمة.

2- نظرية الظروف الاستثنائية وسلطات الأزمة:

752- تشمل نظرية سلطات الأزمة (*Pouvoirs de crise*) ثلاث حالات مختلفة[864] : حالة الاستثناء (*Etat d'exeption*)، وحالة الأحكام العرفية (*Etat de siège*)، وحالة الطوارئ (*Etat d'urgence*)

753- ولا تمثّل هذه الحالات الثلاث استثناء حقيقيا لمبدأ الشرعيّة، إذ أنها تكون مقرّرة بالنص[865]، فهي تؤدي فقط إلى استبدال شرعيّة بأخرى دون النيل من مبدأ الشرعية الذي يظلّ قائما في غير الصور المقرّرة في القوانين المنظّمة لسلطات الأزمة.

وتجد **حالة الاستثناء** أساسها في الفصل 46 من الدستور الذي يقتضي أن " لرئيس الجمهورية في حالة خطر داهم مهدّد لكيان الجمهورية ولأمن البلاد واستقلالها، بحيث يتعذّر السير العادي لدواليب الدولة، اتّخاذ ما تحتّمه الظروف من تدابير استثنائية بعد استشارة الوزير الأول ورئيس مجلس النواب".

[864] حول هذه المسألة انظر :
Ch. Saïd- *L'exercice des pouvoirs exceptionnels en Tunisie*, R.T.D, 1984, p.369
et Y. Ben Achour- *Droit administratif*, op. cit., n° 628 et suiv.

[865] J. Rivéro et J. Waline- Droit administratif, op. cit. n° 91 et suiv.

ويعتبر قرار إعلان حالة الاستثناء من أعمال السيادة التي لا يجوز الطعن فيه بالإلغاء[866]، أمّا الأعمال الفردية أو الترتيبية التي تتّخذ على أساس هذا القرار، فإنها لا تكون متحرّرة تماما من مبدأ الشرعية إلا إذا كانت تتعلّق بمجالات لا تدخل في حدود اختصاص السّلطة التنفيذية، وإذا صدرت في هذا المجال، فإنها تكون خاضعة لمشروعية استثنائية شأنها شأن بقيّة الأعمال التي تصدر في الظروف الاستثنائية دون الاستناد إلى الفصل 46 من الدستور.

754- وخلافا لحالة الاستثناء الدستورية فإن **حالة الطوارئ والأحكام العرفية تجد أساسها في القانون.**

ولئن كانت الظروف التي تبرّر اللّجوء إلى الأحكام العرفية مقصورة على حالة خطر داهم ناتج عن حرب أجنبية أو ثورة مسلّحة فإن حالة الطوارئ تبدو أكثر اتّساعا إذ تشمل حالات الخطر الداهم الناجم عن إخلال خطير بالنظام العام، أو وقوع أحداث لها بطبيعتها وخطورتها طابع الكارثة العامة.

وتختلف النتائج التي تنجرّ عن كلتا الوسيلتين، فلئن كانت **حالة الطوارئ تؤدي فقط إلى التوسّع في مشمولات سلطات الضبط الإداري**، فإن **الأحكام العرفية تؤدّي إلى إقرار نظام عسكريّ تنتقل فيه السّلطة إلى المؤسّسة العسكرية.**

ونلاحظ في مستوى التطبيق أنه لا يوجد نص عام في القانون التونسي يجيز اللّجوء إلى الأحكام العرفية[867]، أمّا حالة الطوارئ فقد وقع الإعلان عنها بعد الاستقلال في المناطق الحدودية المجاورة للقطر الجزائري بمناسبة حرب تحرير هذه البلاد وما تبعها من اشتباكات بين جبهة التحرير وجيش الاستعمار في القطر

[866] CE, 02 mars1962, *Rubin de Servens*, GAJA, n° 104

[867] ولكن لا مانع أن يعلن رئيس الجمهورية عن حالة الطوارئ على أساس الفصل 46 من الدستور كما تم ذلك في مناسبتين إثر الأحداث الدامية التي جدت في 26 جانفي 1978 إثر الإضراب العام الذي شنه الاتحاد العام التونسي للشغل و إثر الاضطرابات التي تلت الترفيع في سعر الحبوب و مشتقاته يوم 3 جانفي 1984 ، بمقتضى الأمر عدد 1 المؤرخ في 26 جانفي 1978 والأمر عدد 1 المؤرخ في 03 جانفي1984، ضرورة أن اللجوء إلى حالة الاستثناء يجيز لرئيس الجمهورية التدخل في مجال السّلطة التشريعية و الإعلان بالتالي عن حالة الطوارئ.

التونسي، وقد تمّ ذلك بمقتضى القانون عــدد29 المؤرخ في 9 سبتمبر 1957الذي تضمن في فصله الثاني منح السّلطة للولاة في استخدام جميع القوّات المدنية والعسكرية لحماية حرمة التراب الوطني، كما يمكن اعتبار القانون عدد39 المؤرّخ في 8 جوان 1991 المتعلّق بتفادي الكوارث ومجابهتها وتنظيم النجدة سندا جائزا للإعلان عن حالة الطوارئ في صورة وقوع كارثة عامة، ويتأكد ذلك بالرجوع إلى الفصل الأول من القانون المذكور الذي يقتضي أن " تعتبر كارثة الحرائق والفيضانات والزلازل والعواصف وبصفة عامة الآفات بأنواعها سواء أكانت بريّة أو بحريّة أو جوية والتي تفوق أخطارها الإمكانيات العادية المتوفّرة لمجابهتها جهويا أو وطنيا"؛ في هذه الحالة تتوسّع سلطات الضبط إلى أقصى الحدود، بشكل يخوّل للولاة الإذن بالتسخير الجماعي أو الفردي للأشخاص والأموال لمجابهة هذه الظروف.

ب- شروط الشرعية الاستثنائية

755- حرصا على عدم التوسّع في تحديد مفهوم الظروف الاستثنائية سعى القاضي الإداري إلى وضع شروط لا يمكن دونها اللّجوء إلى التدابير الاستثنائية، وهي أربعة :

1- أحداث خطيرة ومفاجئة

756- تفترض الظروف الاستثنائية **أوضاع غير طبيعية وغير عادية.**

وهذا العنصر هو الذي يميّز الظروف الاستثنائية عن حالة التأكّد، ويتوفّر هذا الشرط عند حصول أحداث مفاجئة تبلغ درجة من الخطورة ما يحدث اضطرابا كبيرا في سير المرافق العامة ويهدّد بعرقلة العمل الإداري، ومثال ذلك حالات الحرب[868]، والثّورات والانتفاضات، والكوارث الطبيعية الكبرى، والإضراب العام المتواصل في المرافق العامة[869]. أمّا مجرّد أحداث الشغب المحدودة في الزمان

[868] CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, GAJA, n° 32
et CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, GAJA, n° 34

[869] CE, 18 avril 1947, *Jarrignion*, S. 1948, 3.33.Note Rivero

والمكان التي لا تأثير لها على السير الطبيعي للمرافق العامة، كإضراب الطلبة أو التلاميذ بالمؤسسات التربوية فإنها لا تعد من قبيل الظروف الاستثنائيّة[870].

2- ظروف تحول دون إتّباع الإجراءات العادية في اتّخاذ التدابير اللازمة التي يقتضيها الوضع أو تعطّل اتّخاذها

757- لا تكفي الظروف الاستثنائيّة لتحرير الإدارة من مقتضيات الشرعيّة العاديّة بل لا بدّ من **إثبات تواصل آثار هذه الظروف إلى وقت صدور القرار** المطعون فيه وهو الشرط الذي أقرّته المحكمة في قرار (الطريفي) لما صرّحت أنه "على فرض التسليم جدلا بوجود ظروف استثنائية فإنه من الثابت أنّ هذه الظروف يجب أن تزول بزوال أسبابها لتفسح المجال لعودة التراتيب القانونية إلى مجاريها الأمر الذي لم تفعله الإدارة رغم إقرارها بزوال الشغب والاضطراب ابتداء من شهر فيفري 1976"[871].

3- ظروف تؤدي إلى استحالة التصرّف بصورة عادية

758- ومن الشروط الأساسيّة أيضا لتطبيق نظريّة الظروف الاستثنائيّة إثبات **استحالة مراعاة الشرعيّة العاديّة**، ففي قرار (الطريفي) رفضت المحكمة الإداريّة مجاراة الإدارة التي دفعت في ردها عن الدعوى باستحالة دعوة مجلس التأديب للانعقاد قبل اتخاذ القرار المطعون فيه لمّا ثبت من خلال أعمال التحقيق " أنّ التئام مجلس التأديب لم يكن شيئا مستحيلا على الإدارة "[872].

وهذا الأمر يؤدي إلى عدم الاكتفاء بالظروف الاستثنائية لإضفاء الشرعيّة على الأعمال الإداريّة، بل إلى الخوض في الظروف والملابسات الخاصة بكلّ قرار على حدة للتأكّد من مدى استحالة مراعاة الشرعيّة العاديّة عند اتخاذه.

[870] م.إ.، تس، 11 نوفمبر 1981، عدد 268، عزالدين الطرخاني/ وزير التربية القومية، م.، ص. 300: إن إضراب التلاميذ في المعهد لا يعتبر من قبيل الظروف الاستثنائية خلافا لما تعلّلت به الإدارة.

[871] قرار المختار الطريفي سالف الذكر.

[872] ذات المرجع

4 – اتخاذ الإجراء الاستثنائي للحفاظ على المصلحة العامة المهدّدة :

759 – لا تؤدي الظروف الاستثنائية إلى إعفاء السّلطة الإدارية من احترام مقتضيات الشرعية العادية إلا إذا بلغت المصلحة العامة المهدّدة قدر من الأهمّية يبرّر التضحية بمبدأ الشرعية، وهذا الشرط بديهي، فالأعمال الإدارية – العادية أو الاستثنائية – **لا تكون شرعية إلا إذا اتخذت لتحقيق المصلحة العامة،** والمصلحة العامة تكون معرّضة أكثر للخطر في الظروف الاستثنائية، وهو ما يستوجب من الإدارة التدخّل بسرعة لمجابهة هذه الظروف، ولكن لا يكون تدخلها شرعيا إلا إذا كان يهدف إلى الحفاظ على المصلحة العامة المهدّدة: الذود عن حرمة الوطن، الحفاظ على النظام العام، ضمان استمرارية المرافق العامة.

ج- آثار الشرعية الاستثنائية

تؤدّي الظروف الاستثنائية إلى **تغيير محتوى الشرعية والتحرّر من مقتضيات الشرعيّة العاديّة**، ويمكن أن نلمس ذلك في مستويات ثلاثة:

1- التحرّر من قواعد الاختصاص

760- يترتّب عن الظروف الاستثنائية **التخفيف من قواعد الاختصاص** داخل الإدارة، فضرورة التدخّل بسرعة لمجابهة هذه الظروف الخاصة يبرّر اتخاذ كافة التدابير التي تقتضيها المصلحة العامة للبلاد، وتكون هذه التدابير شرعيّة حتى وإن صدرت عن سلطة غير مختصّة[873]، بل أكثر من ذلك: حتى وإن كان الإجراء صادرا عن مجرّد موظّف فعلي[874] .

2- التحرّر من الصيغ الشكلية الجوهرية

761- تؤدّي الظروف الاستثنائية إلى **التحرّر أيضا من الإجراءات الشكلية الجوهرية** التي يترتّب عن مخالفتها في الظروف العادية بطلان أعمال الإدارة، ففي

873 CE, 01 août 1919, *Société des établissements Saupiquet, Rec. 1919, Concl. Riboulet*

874 CE, 05 mars 1947, *Marion*, D. 1949, p. 147

قرار (*Heyriès*) اعتبر القاضي الإداري أن العقوبة التأديبية التي اتخذتها الإدارة في ظروف الحرب بدون تمكين العون المدان من الاطّلاع على ملفّه التأديبي مطابق للمشروعية[875].

3- التحرّر من قواعد الشرعية الداخليّة

762- يترتّب عن هذه النظرية الاعتراف للإدارة بحقوق غير مألوفة، **وبإضفاء نوع من الشرعية على قرارات تتّسم بتعدّ فادح على الحقوق والحريّات الفردية** إذا ما صدرت في الظروف العاديّة، ففي قرار(*Dames Dol et Laurent*)[876] اعتبر مجلس الدولة أن السّلطة العسكرية تكون محقّة في وقت الحرب في غلق حانة كان يتردّد عليها الجنود إذا كان قرار الغلق ضروريا لفرض الانضباط في صفوف الجيش، بالرغم من اتّسام هذا الإجراء بتعدّ فادح على مبدأ حرّية التجارة والصناعة.

المبحث الثالث : جزاء اللاّشرعية

763- تتمثّل مهمّة الإدارة أساسا في تنفيذ القوانين وتحقيق المصلحة العامة، على هذا الأساس تتعلّق بأعمالها قرينة السلامة التي تبدو ضرورية لاستقرار الأوضاع القانونية وضمان استمرارية المرافق العامة.

على أنه إذا خالفت الإدارة مبدأ الشرعيّة جاز للجهة المختصة تسليط الجزاء المناسب، ويتّخذ هذا الجزاء أشكالا متعدّدة ودرجات متفاوتة تختلف باختلاف الجهة المختصّة بتسليطه، ودرجة الإخلال بمبدأ الشرعيّة.

875 CE, 28 juin 1918, *Heyriès* précité

876 CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent* précité

ففي نطاق الرقابة الإدارية يكون جزاء اللاشرعية إمّا النسخ أو السحب من طرف السّلطة المختصّة طبقا لشروط محدّدة[877]، وإمّا الإلغاء أو التعديل من طرف السّلطة المكلّفة بمراقبة أعمال الإدارة (السّلطة الرئاسية أو سلطة الإشراف)[878].

وفي نطاق الرقابة القضائية يكون الجزاء أكثر صرامة ويشتدّ حسب درجة المخالفة للمشروعية بحيث يمكن التميز بين الجزاء العادي- التصريح بعدم الشرعية - والجزاء الاستثنائي- التصريح بالانعدام.

الفـرع الأول : التصريح بعدم الشرعية

764- ترتبط هذه المسألة ارتباطا وثيقا بسلطات القاضي وبطبيعة النزاع، فالقاضي الإداري لا يمتلك السّلطات الراجعة للقاضي المدني إزاء جميع المسائل النزاعية، على هذا الأساس جرى العمل فقها وقضاء على تصنيف المنازعات الإدارية إلى أربعة أصناف أساسية :

- **قضاء الإلغاء** الذي يقتصر فيه دور القاضي على إلغاء القرار المطعون فيه إذا ثبت أنه مخالف للمشروعية دون إمكانية تعديله أو ترتيب نتائج قانونية معيّنة عن التصريح بعدم شرعيته

- **القضاء الكامل** الذي يعمل في نطاقه القاضي الإداري كنظيره في القانون المدني: " ينظر في الواقع وفي القانون، ويردّ الحقوق إلى مستحقّيها كاملة، فيلغي ما تعيّن إلغاؤه، ويبدّل ما توجّه تعديله، ويلزم ويغرّم"[879]

- **قضاء التأويل وقضاء تقدير المشروعية** الذي يستعرض فيها القاضي الإداري مسائل أولية تتعلّق بشرعيّة الأعمال الإداريّة، يتوقف عن النظر فيها مآل النزاع، دون أن يؤول ذلك إلى إبطالها متى ثبتت مخالفتها للمشروعيّة القانونيّة.

[877] انظر رقم 417-423 وما يتبع أعلاه
[878] انظر رقم 129 وما يتبع أعلاه
[879] عياض ابن عاشور- القضاء الإداري، المرجع السابق، ص.39

- **القضاء الزجري الإداري** الذي يعمل فيه القاضي الإداري كنظيره الجزائي، يعاقب المخالفين ويسلّط عليهم الخطايا والغرامات المالية، ويتّخذ ضدهم إجراءات ردعية كغلق المحلات ونشر وتعليق مقتطفات من هذه الأحكام، ولكن دون أن يصل ذلك إلى تسليط العقوبات السالبة للحرية[880].

وأيا كانت القيمة العلمية لهذا التصنيف، وأيا كان مدى انطباقه على أرض الواقع، يمكن ردّ الآثار المترتّبة عنه إلى ثلاث نتائج رئيسية: آثار التصريح بعدم الشرعية في نطاق قضاء الإلغاء (الفقرة الأولى) آثار التصريح بعدم الشرعية في نطاق القضاء الكامل (الفقرة الثانية) وآثار التصريح بعدم الشرعية في نطاق الدفع بعدم الشرعية (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى : آثار التصريح بعدم الشّرعية في قضاء الإلغاء

765- يكتسي التصريح بعدم الشرعيّة في هذا الصنف من القضاء " نفوذ مطلق لاتصال القضاء" (الفصل 8 من قانون المحكمة الإدارية)، وهذا هو الأثر المميّز لهذا الصنف من القضاء، وتترتّب عنه نتيجتين أساسيتين:

1- إن أثر **التصريح بعدم الشرعية في نطاق قضاء تجاوز السّلطة** لا ينسحب فقط على أطراف النزاع، بل **يمتدّ إلى الكافة** خلافا للقاعدة العامة المتّصلة بالأعمال القضائية التي تقتضي أن الأحكام القضائية تكون لها نفوذ نسبي لاتّصال القضاء[881]، وتعتبر قاعدة اتصال القضاء من متعلّقات النظام العام، يتعيّن على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، فلا يمكن له النظر مجدّدا في النزاع الذي سبق فصله بدعوى مبتدئة.

2- ويكون لهذا التصريح **مفعول رجعي**، وهذا الأثر هو الذي أشار إليه الفصل الثامن في فقرته الثالثة من قانون المحكمة الإدارية : "إن القرارات الإدارية الواقع إلغاؤها بسبب تجاوز السّلطة تعتبر كأنها لم تتّخذ إطلاقا ".

[880] حول الزجر الإداري انظر رقم 338 أعلاه
[881] الفصل 481 من م.إ.ع.

وعليه، يجب على الإدارة أن تعيد الأوضاع القانونية إلى ما كانت عليه قبل إصدار القرار الملغى، وهو ما أكدّه الفصل التاسع من قانون المحكمة الإدارية لما اقتضى أنه: " يوجب قرار الإلغاء على الإدارة إعادة الوضعية القانونية... إلى حالتها الأصلية بصفة كليّة".

ولكن، نظرا لشدّة هذا الأثر على منظوري الإدارة الذين اكتسبوا حقوقا بمفعول هذه الأعمال دون أن يكون لهم دخل فيها، أقرّ القانون حلولا عملية للتخفيف من حدّة هذا الجزاء نذكر من بينها طريقة **التصحيح التشريعي**[882].

الفقرة الثانية : آثار التصريح بعدم الشرعية في القضاء الكامل

766- يعتبر القضاء الكامل بصفة عامة قضاء حقوقيا، بحكم أنه يهدف أساسا إلى ردّ الحقوق إلى مستحقّيها. ويشمل هذا الصنف من القضاء **قضاء التعويض** التي تؤسّس على المسؤولية التعاقدية أو غير التعاقدية للإدارة، كما يشمل أيضا نزاعات ذات صبغة موضوعية يعبّر عنها الأستاذ *Chapus* بأنها " **قضاء كامل موضوعي**"[883]، باعتبار أنها لئن كانت تندرج ضمن القضاء الحقوقي من حيث سلطات القاضي فإنها تثير أساسا مسائل قانونية وموضوعية، كالطعون التي ترفع لإلغاء القرارات الإدارية الصادرة عن الهيئات المهنية، والطعون بالاعتراض في السندات التنفيذية التي تصدر لاستخلاص الديون العمومية، وكذلك دعاوى الاعتراض على قرارات التوظيف الإجباري والدعاوى ذات الصبغة الانتخابية[884].

[882] حول هذه المسألة انظر :
Y. Ben Achour- *les conséquences de l'annulation d'une décision administrative, in l'œuvre jurisprudentielle*, op. cit. p. 505 et suiv.
H. Moussa- *L' exécution de la chose jugée et la réforme de la justice administrative en Tunisie* in *la Réforme de la justice administrative*, op. cit., p. 59 et suiv.
عبد الرزاق المختار – تنفيذ قرارات المحكمة الإدارية، المرجع سابق الذكر

[883] راجع : R.Chapus- *Droit administratif général*, op. cit., n°1002

[884] راجع عياض بن عاشور – القضاء الإداري، المرجع السابق، ص

وما يشدّ الانتباه هو الدور الذي يعود للقاضي الإداري في نطاق هذا النوع من القضاء، فليس من شكّ في جواز تفحّص مدى شرعيّة مختلف هذه الأعمال، وليس من شكّ أيضا في جواز التصريح بعدم شرعيتها إذا بدت مخالفة للشرعية.

ولئن كانت السلطات الراجعة للقاضي الإداري في هذه الحالة تخوّل إبطال الأعمال اللاّشريعة، والتغريم والإلزام، فإن أحكامه لا يمكن أن تصل إلى درجة النفوذ التي تصل إليه الأحكام بالإلغاء الصادرة في مادة تجاوز السّلطة، فلا تكتسب إلاّ **نفوذا نسبيا لاتّصال القضاء**، شأنها شأن الأحكام الصادرة في المادة المدنية.

الفقرة الثالثة : آثار التصريح بعدم الشرعية في الدفع بعدم الشرعية

767- يمثّل **الدفع بعدم الشرعية أو باستثناء اللاشرعية دعوى فرعية** تثار بمناسبة النظر في دعوى أصلية دون أن تكون مقيّدة بآجال محدّدة، **وتهدف إلى الخدش في شرعية قرار إداري لغاية استبعاد تطبيقه على موضوع النزاع الأصلي دون إمكانية إلغائه.**

ولهذه الطريقة الغير مباشرة فائدة كبرى في المستوى العملي، إذ أنها تخوّل الطعن في القرارات التي تحصّنت إزاء الدعوى المباشرة بتجاوز السّلطة بفوات آجال الطعن فيها.

بيد أنها لا تنطبق إلا على القرارات الترتيبية، ولا تنسحب على القرارات الفردية النهائية المنشئة لحقوق إلا في حالات استثنائية[885].

ويـــكون جـــزاء التصريح بعدم الشرعية في نطاق هذا الطعن أخفّ حدّة ممّا هو عليه في نطاق الدعوى الأصليّة، إذ يقتصر القاضي على **عدم تطبيق القرار المعيب على موضوع النزاع**، وهو ما يعني أن هذا القرار يبقى قائما في

[885] أقر القاضي الإداري التونسي هذا السبيل القضائي منذ قراراته الأولى: انظر مثلا: م.إ.، تس.، 29 ديسمبر1981، عدد 400، عبد الرزاق المهيري / وزير النقل، أ. ك.، رقم 15 ص. وم.إ.، تس.، ، 18 أفريل 1986، عدد 926، محمد الهادي صيود / الصندوق القومي للتقاعد والحيطة الاجتماعيّة، في خدمتك، عدد 1986،38، الجزء II، ص. 141، راجع مروان الديماسي– الدفع بعدم الشرعية...، المرجع سابق الذكر؛ انظر أيضا:
R. Chapus-*Droit administratif général*, op. cit., n° 875 et suiv.

المنظومة القانونية إلى أن تقع إثارة عدم شرعيته في قضية أخرى، فيستبعد تطبيقه مجدّدا...

الفرع الثاني : التصريح بالانعدام

768- يمثّل الانعدام جزاء بالغ الخطورة لإخلالات تبلغ درجة من الجسامة ما يجعلها غير قابلة لأن تلحق بأي سلطة من سلطات الإدارة[886].

وتقوم فكرة الانعدام على التمييز بين المخالفات العادية التي يكون جزاؤها الإلغاء والمخالفات الجسيمة حتى يكون جزاؤها الانعدام، ولهذه النظرية مصدر فقهي وقد أخذ بها القاضي الإداري بكثير من التحفّظ والتردّد والغموض، ورتّب عنها آثار معيّنة.

الفقرة الأولى : شروط التصريح بالانعدام

769- نجد في فقه قضاء المحكمة الإدارية التعريف التالي للقرار المعدوم: يعتبر القرار معدوما إذ تضمن خرقا للمشروعية " يبلغ من الجسامة ما يصيّره لا فقط مشوبا بمجرّد عيب من العيوب التي تجعله حريّا بالإلغاء، بل تنحدر به إلى مرتبة القرار المعدوم الذي لا أثر له" [887]. ويشمل الانعدام حالتين رئيسيتين :

1- الانعدام المادي

770- يتمثّل **الانعدام المادي** في الأعمال التي تدعي الإدارة صدورها والحال أنه لا وجود لأثر لها على أرض الواقع، ومثال ذلك المداولة المزعومة للمجلس البلدي التي اتضح أنها تمثّل في الحقيقة مجرّد لائحة صادرة عن بعض

[886] حول هذه النظرية انظر :

J.M. Auby- *l'inexistence des actes administratifs*, Paris, Pedone, 1951.

P. Weil- *une résurrection- la théorie de l'inexistence en droit administratif*, D.1958, ch., p. 49.

وجيه العيني– نظرية انعدام القرارات الإدارية الانفرادية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون العام، كلية الحقوق بسوسة، 2000

[887] م.إ.، اب.، تس.، 26 فيفري 2000، عدد17104، ابراهيم العمراني/وزير الداخلية، غير منشور

المستشارين[888]، أو المداولة التي أسّس عليها رئيس البلدية قراره في التفويت في جزء من الملك البلدي الخاص والحال أن المجلس البلدي لم يتداول في هذا الشأن ولم يقرّر عملية التفويت ولم يرخّص لرئيس البلدية في إتمامها[889] .

2- الانعدام القانوني

771- وهي الحالة التي تتميّز **باعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة قضائية أو تشريعية أو باتخاذ قرار من جهة لا تنتمي للإدارة**، ففي قرار محمد فرحات ضد والي زغوان الذي يمثّل أول تكريس لنظرية الانعدام في تونس اعتبرت المحكمة الإداريّة أن قرار والي زغوان القاضي بإنهاء مهام رئيس الوقف قد تضمن اعتداءا صارخا على اختصاص اللّجنة الجهوية لتصفية الأوقاف – وهي من الهيئات القضائية – وأن هذا الاعتداء" لا يشوبه (أي القرار) بمجرد عيب من العيوب التي تجعله قابلا للإلغاء بل ينطوي على غصب للسلطة ينحدر به إلى مرتبة العمل المادي العديم الأثر قانونا مما يتجه معه اعتبار قرار الإعفاء المطعون فيه وكذلك الشأن بالنسبة لقرار تكليف المدعي بإدارة شؤون الوقف المذكور آنفا (...) معدومين ولا أثر لهما "[890]، وهو ذات المبدأ الذي اعتمده مجلس الدولة الفرنسي في قرار(*Rosan Girard*)[891].

كما يتمثّل الانعدام القانوني أيضا في الأعمال المشوبة بمخالفة فادحة وبالغة الخطورة لمبدأ الشرعيّة، ومثال ذلك القرار القاضي بالتمديد في مدّة الإحالة على عدم المباشرة الذي " تمّ اتّخاذه بعد إحالة العارض على التقاعد"[892]،

[888] CE, 28 février 1947, *Mégevand*, Sirey 1948.3.41, note J.M. Auby

[889] CE,29 décembre 1997, *Commune d'Haumont*, Rec. Tables 710

[890] م.إ.، تس، 31 ماي 1990، محمد فرحات / والي زغوان، سالف الذكر

[891] CE, 31 mai 1957, *Rosan Girard*, GAJA, n° 77

[892] م.إ.، تس، 7 فيفري 1996، عدد3717، علي رضا بن عثمان/وزير الصحة العمومية، غير منشور

الفقرة الثانية : آثار التصريح بالانعدام

772- للتصريح بالانعدام فائدة كبرى في مستوى التطبيق نظرا للنتائج القانونية التي تترتّب على هذا الجزاء الجسيم.

وتتفرّع هذه النّتائج إلى نتائج تخصّ الاختصاص القضائي وأخرى تتعلّق بالاختصاص الإداري.

1-النتائج المتعلّقة بالاختصاص القضائي

773- من أهمّ النتائج القانونية التي كرّسها فقه القضاء المقارن في هذا المجال نذكر **ثنائية الاختصاص القضائي للتصريح بالانعدام**، إذ أن مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية العدلية لا يقوم حائلا هنا دون تدخّل القاضي العدلي، ويثور الإشكال بالخصوص حول الأعمال التي تأتيها الإدارة بدون وجه قانوني وتكون متّسمة بتعدّ فادح وبالغ الخطورة على الحقوق والحريات الفردية، كأن يقوم أعوان الأمن مثلا بإيقاف أحد المواطنين بمركز الشرطة بدون موجب ولمدّة معيّنة دون تسجيل ذلك بالسجل الخاص الذي أوجب الفصل 13 من مجلة الإجراءات الجزائية على أعوان الضابطة العدلية مسكه، وتنفي بعد ذلك الإدارة الواقعة وترفض مد القاضي الإداري بسجل الإيقاف المطلوب منها، فهل يجوز في هذه الحالة للقاضيين – العدلي أو الإداري – على حد السواء التصريح بالانعدام على أساس أن مثل هذا قد فقد صبغته الإدارية وانحدر إلى درجة مجرّد التصرّفات المادية التي لا تختلف عن تلك التصرّفات التي تأتيها الخواص ؟ هذا التصرّف الذي يعتبر في فقه القضاء المقارن من قبيل الاعتداء المادي المجرّد من كلّ طابع الإداري لافتقاده لكل سند قانوني ولاتسامه بتعدّ بالغ الخطورة على إحدى الحريات الأساسية يخوّل للقاضيين – العدلي أو الإداري – التصريح بالانعدام[893]، غير أن هذا الحلّ لا يزال محلّ جدل في القانون التونسي وهو ما يستوجب تدخل مجلس تنازع الاختصاص لحسم نهائيا هذه المسألة.

893 Le Mire- *Inexistence et voie de fait*, RDP 1978, p.1219

ومن جهة أخرى نلاحظ أن **الطعن في القرار المعدوم أمام القاضي الإداري لا يخضع للآجال الاعتيادية** التي تتعلّق بدعوى تجاوز السّلطة بل يجوز رفعه خارج أجل الشهرين الموالبين لحصول العلم للمعنيين بالشأن بهذا النوع من الأعمال[894].

2- النتائج المتعلّقة بالاختصاص الإداري

774- **لا يكون القرار المعدوم مصدرا للالتزامات**، بحيث يمكن للمرؤوس عصيان قرارات رئيسه كلّما كانت متّسمة بخرق للمشروعية يبلغ درجة من الجسامة ما ينحدر بها إلى درجة الانعدام، كما لا يكون هذا القرار مصدرا للحقوق، بحيث تكون الإدارة في حلّ من جميع الالتزامات المترتّبة عنه، ولا يمكن معارضتها في هذا الشأن بحقوق مكتسبة.

فقرارات التعيين والترقية الصورية مثلا لا تعارض بها الإدارة ولا يترتّب عنها أي أثر حتّى وإن أصبحت نهائية[895].

894 م.إ.، تس.، 11 جويلية 1995، عدد3246، حسن بن حمودة ومن معه / والي نابل، غير منشور

895 م.إ.، تس.، 7 فيفري 1996، عدد3717، علي رضا بن عثمان سابق الذكر

الفهرس العام

الجزء الأول: التنظيم الإداري

الباب الثاني: التنظيم المركزي 85

المبحث الأول: الإدارة المركزية 85

الباب الثالث : التنظيم اللامركزي

الجزء الرابع : حدود العمل الإداري

الباب الأول : مبدأ المسؤوليّة 341

فنون الطباعة والنشر
الهاتف : 46 42 94 70 الفاكس : 56 42 94 70
الإيداع القانوني : الثلاثي الأول 2008